

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS
(PARIS II)

LES MÉTHODES DU JUGE ADMINISTRATIF

Thèse pour le Doctorat d'Etat
présentée et soutenue publiquement le 13 mai 1971

PAR

YVES GAUDEMET

COMPOSITION DU JURY

Président	M. le Doyen Georges VEDEL.
Suffragants	M. Roland DRAGO.
	M. Roger-Gérard SCHWARTZENBERG.

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot (5°)

1972

**LES MÉTHODES
DU JUGE
ADMINISTRATIF**

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS
(PARIS II)

LES MÉTHODES DU JUGE ADMINISTRATIF

Thèse pour le Doctorat d'Etat
présentée et soutenue publiquement le 13 mai 1971

PAR

YVES GAUDEMET

COMPOSITION DU JURY

Président	M. le Doyen Georges VEDEL.
Suffragants	M. Roland DRAGO.
	M. Roger-Gérard SCHWARTZENBERG.

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot (5^e)

—
1972



L'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS UTILISEES

A.J.D.A.	<i>Actualité juridique. Droit administratif.</i>
A.F.D.I.	<i>Annuaire français de droit international.</i>
art.	<i>article.</i>
B.C.D.	<i>Bulletin des Contributions directes.</i>
Ch. jur. élec. gaz .	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.</i>
C.A.	<i>Cour d'Appel.</i>
C. Cass. Ch. civ. . .	<i>Cour de Cassation. Chambre civile.</i>
» » Ch. req. . .	» » <i>Chambre des requêtes.</i>
» » Ch. crim. . .	» » <i>Chambre criminelle.</i>
C. Consti.	<i>Conseil Constitutionnel.</i>
C.E.	<i>Conseil d'Etat.</i>
» Sect.	» » <i>arrêt de section.</i>
» Ass.	» » <i>arrêt d'Assemblée.</i>
C.E.C.A.	<i>Communauté européenne du Charbon et de l'Acier.</i>
C.E.E.	<i>Communauté économique européenne.</i>
C. just. Com.	<i>Cour de justice des Communautés.</i>
D.	<i>Recueil Dalloz.</i>
D.C. ou D.H.	<i>Dalloz critique ou Dalloz hebdomadaire.</i>
D.O. ou D. ouv. . .	<i>Droit ouvrier.</i>
D. Soc.	<i>Droit social.</i>
E.D.C.E.	<i>Etudes et Documents du Conseil d'Etat.</i>
Gaz. Pal. ou G.P. .	<i>Gazette du Palais.</i>
J.C.P. ou Sem. Jur.	<i>Juris-Classeur Périodique - Semaine juridique.</i>
J.O. déb. parlem. .	<i>Journal Officiel, Débats parlementaires.</i> (A.N. : Assemblée Nationale ; S. : Sénat).
Leb.	<i>Recueil officiel des décisions du Conseil d'Etat ; Recueil Lebon.</i>
L.G.D.J.	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence.</i>
Req.	<i>Requête.</i>
Rev. adm.	<i>Revue administrative.</i>
R.C.J.C.	<i>Recueil des arrêts de la Cour de Justice des Communautés.</i>
R.D.P.	<i>Revue du droit public et de la science politique.</i>
R.F.S.P.	<i>Revue française de Science politique.</i>
R.P.D.A.	<i>Revue pratique de droit administratif.</i>

<i>Rev. trim.</i>	
<i>droit civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil.</i>
<i>Rev. trim.</i>	
<i>droit com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial.</i>
<i>Rev. urb.</i>	<i>Revue de l'urbanisme.</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey.</i>
<i>T.A.</i>	<i>Tribunal Administratif.</i>
<i>T.C.</i>	<i>Tribunal des Conflits.</i>
<i>T.G.I.</i>	<i>Tribunal de Grande Instance.</i>

INTRODUCTION

Objet de l'étude. — Si l'on avait accordé plus d'importance au célèbre conseil de Pascal de « n'entreprendre de définir aucune des choses tellement connues d'elles-mêmes qu'on n'ait point de termes plus clairs pour les expliquer », ce travail n'aurait pas été entrepris.

Rien de plus banal en effet, pour qui étudie le droit public, que de se pencher sur les méthodes qu'utilise celui qui, à la fois, applique ce droit et le crée pour partie : le juge administratif. Sans doute, d'ailleurs, la mention des méthodes du juge administratif figure-t-elle sous la plume de la quasi-unanimité des auteurs de droit public ; mais cette référence se fait sans explications particulières, sans commentaires, comme si elle permettait au lecteur de retrouver le terrain solide des termes précis et des notions bien définies.

Cette certitude apparente du vocabulaire est un signe : les méthodes du juge administratif feraient partie du domaine commun des connaissances juridiques ; et à vouloir s'y intéresser davantage, on prendrait le risque d'embrouiller une question naturellement limpide.

C'est peut-être l'explication du fait que, mis à part le très important article qu'un membre du Conseil d'Etat, M. Latournerie, a publié il y a une quinzaine d'années (1), aucune étude systématique n'ait jamais été entreprise sur ce sujet, du moins à notre connaissance.

A moins que cette « conspiration du silence » ne soit due à la considération de deux dangers, d'ailleurs opposés, qui guettent celui qui voudrait entreprendre un tel travail : d'un côté, l'ampleur du champ qu'il retient pour ses investigations, et l'ignorance de principe qu'il a du métier de juge ; de l'autre côté, au contraire, l'opinion avancée par certains que « la méthode du juge administratif consiste précisément à n'en avoir aucune ».

(1) R. Latournerie : « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat* (Paris, Sirey, 1952), pp. 177 à 275, auquel ce travail se référera très fréquemment. Il faut d'ailleurs remarquer que la première partie toute entière du *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, dans laquelle prend place l'étude majeure de M. Latournerie, se propose l'étude des méthodes du Conseil d'Etat. Comme l'écrit M. Cassin dans la présentation de l'ouvrage : « Nous avons souhaité faire pénétrer le lecteur à l'intérieur du Conseil d'Etat pour lui permettre de participer à sa vie et de découvrir comment cette maison fonctionne réellement et s'acquitte des missions qui lui sont confiées. » (R. Cassin, *Livre jubilaire*, p. 7).

Pour notre part, la première de ces considérations nous a beaucoup plus inquiété. Dire, en effet, du juge administratif qu'il n'a pas de méthode, c'est énoncer, sous l'habit séduisant du paradoxe, un élégant sophisme. L'organisation interne des juridictions d'une part, l'importance de la mission du juge, sa formation et ses rapports avec d'autres institutions d'autre part, interdisent au juge administratif de se priver a priori de cet outil intellectuel irremplaçable que constitue une méthode. Au demeurant le fait même que l'article dont nous avons déjà fait mention (2) soit signé par un membre de la Haute Assemblée constitue à cet égard une indication révélatrice.

La négation d'une méthode du juge administratif ne traduit pas la réalité ; elle a toutefois le mérite d'attirer l'attention sur le principe de liberté qui doit nécessairement dominer l'activité du juge : à ce titre, les méthodes auxquelles il a recours, beaucoup plus qu'à un carcan, ressemblent à un guide.

Définition des termes du sujet. — Car il faut bien s'entendre sur les termes de l'étude, en dépit de leur apparente clarté.

La difficulté n'est pas très grande lorsque, en premier lieu, on s'attache à préciser le contenu exact de l'expression « juge administratif » (3). Sans aucun doute se rangent sous cette étiquette, d'une part l'ensemble des juridictions statuant sous le contrôle d'appel ou de cassation du Conseil d'Etat, d'autre part la Section du Contentieux du Conseil d'Etat elle-même ; sa position au sommet de l'ordre juridictionnel administratif confère à cette dernière une importance essentielle du point de vue de l'adoption des méthodes et de leur unification.

En revanche la question mérite d'être posée de savoir si le Tribunal des Conflits, au-delà de sa position d'arbitre entre les deux ordres de juridiction, n'exerce pas en réalité une activité proche de celle du juge administratif ; tellement proche même qu'elle apparaîtrait, dans certains cas, comme le complément nécessaire et indissociable de cette dernière. Il nous a semblé que la question devait être tranchée par l'affirmative, parce que, d'une façon générale, le Tribunal des Conflits apparaît comme le collaborateur du Conseil d'Etat dans la définition du droit administratif jurisprudentiel. On peut l'expliquer par des raisons historiques, souvenir du temps où les conflits relevaient du Chef de l'Etat statuant en Conseil d'Etat ; mais cette assimilation correspond également à l'état de chose actuel (4).

A l'inverse on ne saurait, sans abus de langage, ranger le Conseil Constitutionnel parmi les juridictions administratives. L'originalité de la mission de la juridiction constitutionnelle, sa composition, son

(2) R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, précité.

(3) C'est délibérément que nous écartons ici tout examen de nature sociologique tendant à situer et à caractériser le juge administratif ; on peut renvoyer sur le point au titre de M. Ch. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, C.F.N.S.P., n° 167, Paris 1968, et à la bibliographie qui y est indiquée.

(4) En ce sens, on peut remarquer que l'édition de 1962 des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, par MM. Long, Weil et Braibant (Paris, Sirey, 1962) comporte près de 20 % de décisions du Tribunal des conflits sur l'ensemble des décisions rapportées. Cf. également *infra*, partie II, titre I, chapitre I, section II.

mode de saisine, et d'autre part son apparition relativement récente sont autant d'indications dans le sens de sa spécificité (5).

La tâche est plus délicate lorsqu'on en vient à vouloir préciser la signification du mot « méthode ».

L'administrativiste, en effet, est accoutumé à l'examen des règles du droit administratif, qu'elles soient d'origine légale ou d'origine jurisprudentielle ; il connaît bien également les caractères de la jurisprudence administrative, sa souplesse, mais aussi son caractère secret, sa rétroactivité, l'un et l'autre générateurs d'insécurité. En revanche, il n'est que très exceptionnellement invité à se pencher sur les méthodes mêmes qu'utilise le juge. De l'examen du droit positif, il ne « remonte » pas volontiers à l'étude de la création des règles qui le composent, étude dont le caractère spéculatif lui semble à l'opposé du réalisme qu'il recherche.

Ce silence des juristes de droit public exprime sans doute l'évidence que constitue pour eux la notion de méthode.

Au risque de troubler l'évidence, il faut pourtant donner ici quelques indications à ce sujet ; et d'abord préciser pourquoi l'étude entreprise propose l'examen *des* méthodes et non de la méthode du juge administratif.

A vrai dire il y avait au moins deux motifs pour retenir la forme plurielle (6) :

1° Le juge administratif exerce simultanément une double mission : celle, immédiate, de donner leur solution aux différents litiges qu'on lui soumet ; et celle, occasionnelle, de participer à la création des règles du droit positif ; aux méthodes strictement juridictionnelles s'ajoutent ainsi parfois des méthodes jurisprudentielles ; et il n'y a aucune raison *a priori* pour qu'elles soient identiques.

2° D'autre part, la nécessaire liberté de détermination du juge conduit à penser que, dans le cadre même de chacune des missions qu'il exerce, un choix reste possible entre différentes méthodes qui sont autant d'instruments intellectuels à sa disposition.

Sous le bénéfice de ces remarques, on se contentera de rappeler la définition que Descartes propose du mot méthode, terme qui — disons-le une fois encore — n'appartient pas d'abord au vocabulaire juridique : « la méthode : moyen pour bien conduire sa pensée » (7) ; il n'y a rien à ajouter à cette définition, d'ailleurs très proche de l'étymologie du mot (8).

Rapports avec des questions voisines, et limites de ces rapports.
— Ainsi qu'on l'a déjà noté, une étude systématique des méthodes du juge administratif semble n'avoir jamais stimulé la plume des publicistes.

(5) Sur les rapports du Tribunal des conflits d'une part, et du Conseil constitutionnel d'autre part, avec le Conseil d'Etat, cf. *infra*, partie II, titre I, chapitre I, section II.

(6) Outre le fait que des attitudes très différentes peuvent être adoptées par les membres des juridictions administratives, chacun étant attaché à sa propre méthode de travail et de recherche.

(7) Descartes, *Discours de la méthode*.

(8) Du grec, *méta* : à travers ; *odos* : route, chemin.

Les juristes de droit privé ont fait preuve de plus de détermination ; ce qui, a priori, ne laisse pas de surprendre, si l'on compare le rôle du juge judiciaire et celui du juge administratif du point de vue de la définition du droit positif. Aussi bien d'ailleurs, les études des privatistes, auxquelles nous nous référerons fréquemment, mettent-elles surtout l'accent sur les méthodes strictement juridictionnelles du juge, celles qu'il emploie dans le cadre d'une espèce définie, beaucoup plus que sur les méthodes que le juge utilise pour incorporer une règle générale nouvelle au droit positif.

A l'opposé, on aurait pu penser que l'étude des méthodes du législateur serait intéressante puisque lui aussi, et en principe même avant le juge, participe à la définition des règles du droit positif. Mais les limites de la comparaison apparaissent immédiatement : le législateur est en principe seul maître des règles qu'il élabore, ce qui n'est pas le cas du juge ; et surtout la règle légale n'a ni le même aspect, ni les mêmes caractères que la règle jurisprudentielle ; enfin, la tâche du juge administratif est par définition occasionnelle, subordonnée aux espèces qui lui sont soumises, alors que le législateur bénéficie de la libre faculté de se saisir d'office des questions qui lui paraissent appeler une réglementation juridique.

Contenu de l'étude et justification du plan. — Il faut donc être conscient de la spécificité de la mission du juge administratif dans le système juridique français, car celle-ci commande l'étude de ces instruments particuliers dont le juge dispose pour l'accomplissement de cette mission : ses méthodes.

Dans toutes les espèces qui viennent devant lui le juge administratif doit d'abord trancher le litige concret qui a motivé sa saisine par une décision qui s'impose avec force de vérité légale (9) ; il a alors recours à des méthodes que l'on peut qualifier de « méthodes juridictionnelles ». Mais parfois à celles-ci s'ajoute l'utilisation de méthodes « jurisprudentielles », lorsque l'incorporation d'une règle nouvelle au droit positif s'impose, et que le dossier permet cette opération (10). Les méthodes jurisprudentielles sont occasionnelles ; celles qui conduisent seulement à la solution d'un litige précis sont, par évidence, d'utilisation permanente ; car la fonction jurisprudentielle du juge est nécessairement dans la dépendance de son activité juridictionnelle.

Cette distinction soulève deux objections qui concernent, l'une

(9) Cf. R. Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours du droit polycopiés, 1961-1962, 3 tomes, t. II, p. 649.

(10) Cf. parmi de très nombreux ouvrages, J. Rivero : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », *D.*, 1951, pp. 21 et s. ; M. Waline : « L'action du Conseil d'Etat dans la vie publique française », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, pp. 131 et s. ; B. Geny : « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, pp. 277 et s., en particulier pp. 288, 290 et s. ; de façon plus générale et plus philosophique, P. Roubier : « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Études offertes à G. Ripert, op. cit.*, t. I, p. 12 ; ou encore, H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1961, p. 69. Pour donner un exemple concret, on rappellera l'arrêt Thibault, C.E. 25 juillet 1952, *Leb.*, p. 39, concl. Guionin, par lequel la Haute Assemblée pose une condition supplémentaire à celles prévues par la loi.

la dualité des fonctions du juge administratif, l'autre la dualité des méthodes qu'il utilise :

1° Du point de vue de la dualité des fonctions du juge d'abord, tout en admettant que, dans la logique d'une exposition théorique, les deux activités du juge, trancher le litige et construire le droit, puissent être complémentaires, on peut se demander si la réalité suit fidèlement ce schéma. Autrement dit, car la contradiction ne peut apparaître que de cette façon, la mission proprement juridictionnelle du juge ne s'efface-t-elle pas parfois derrière des préoccupations extérieures à l'espèce, et qui tiennent à la mission normative de celui-ci ?

On pourrait le soutenir et mentionner par exemple un arrêt Gourillon (11) par lequel le Conseil d'Etat a décidé que le juge saisi d'une action présentée comme fondée sur une faute de service, doit restituer à celle-ci sa véritable qualification et, si elle apparaît comme une faute personnelle détachable, se déclarer incompétent ; c'est là l'application très ferme des règles dégagées par la jurisprudence dans le domaine de la responsabilité des agents publics. Il reste qu'en l'espèce le requérant comprendra mal pourquoi le juge, après avoir examiné et constaté la faute personnelle commise par son adversaire, rejette finalement la demande d'indemnité qu'il formulait. Une contradiction de même type a été relevée en matière de voie de fait ; et le récent arrêt consorts Muselier a relancé le débat (12).

Dans de telles hypothèses, la fonction jurisprudentielle du juge : construction et cohésion du droit positif, s'exerce manifestement en détriment de sa mission juridictionnelle.

Toutefois, cette contradiction éventuelle entre tâche juridictionnelle et mission jurisprudentielle nous semble concerner principalement le fond du droit, les solutions elles-mêmes, et non pas tant les méthodes qui sont utilisées.

2° Car du point de vue des méthodes, il importe seulement de se demander si la distinction des méthodes juridictionnelles et des méthodes jurisprudentielles correspond bien à la réalité.

Sans aucun doute, par la force des choses, les méthodes jurisprudentielles sont dans la dépendance des premières. Mais elles conservent cependant leurs caractères propres qui justifient qu'elles soient étudiées en elles-mêmes : lorsque le juge y a recours, cela suppose qu'il dépasse le cadre de l'espèce pour situer la décision qu'il va rendre dans une longue chaîne de décisions ; leurs effets aboutissent à une modification objective du contenu du droit positif ; et, en conséquence, leur utilisation efficace est subordonnée à

(11) C.E. 13 juillet 1961, Gourillon, Setc., cité par R. Odent, *Traité du contentieux*, p. 49, t. I, Paris, Les Cours du droit, 3 vol.

(12) Sur la théorie de la voie de fait en général et sur l'arrêt Muselier en particulier, cf. entre autres : T.C. 27 juin 1966, Guigon, *Leb.*, p. 315 ; C.E. 4 nov. 1966, Sté « Témoignages chrétiens », *Leb.*, p. 584 ; C.E. 10 oct. 1969, consorts Muselier, *A.J.D.A.*, 1969, p. 699, et *D.*, 1969, p. 669, note F.-G. Bertrand ; A. Bockel : « La voie de fait, mort et résurrection d'une notion discutable », *D.*, 1970, chr. p. 29 ; et de Lanversin : « Voie de fait et réalités ; à propos de l'arrêt consorts Muselier », *J.C.P.*, 1970, I, 2337 ; M. Waline, *R.D.P.*, 1970, p. 774 : « Fidélité à la théorie de la voie de fait ».

la conscience que le juge a de se comporter en législateur, sans en posséder, en principe, les attributs.

Formulation du plan. — Dans toutes les hypothèses, le juge est tenu de donner sa solution à l'espèce concrète qui lui est soumise (13) ; sans doute lui arrive-t-il parfois d'oublier qu'il est d'abord un juge pour s'ériger en législateur ; mais il ne peut se refuser à trancher le litige qui lui est soumis et, en conséquence, il a nécessairement recours à certains procédés qui font partie des méthodes juridictionnelles (Partie I).

Pour les raisons qui ont été indiquées, il paraît légitime de distinguer de celles-ci les méthodes jurisprudentielles (Partie II) qui, sans s'opposer aux premières, s'y ajoutent parfois, et posent alors, outre un problème d'analyse des méthodes, la question des sources du droit administratif.

(13) Cf. sur ce point, dans une perspective historique, Y.L. Hufteu, *Le Référé législatif et les Pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, préf. J. Boulanger, Paris, P.U.F., 1965, pp. 92 et s.

PREMIERE PARTIE

**LES METHODES JURIDICTIONNELLES
DU JUGE ADMINISTRATIF**

Objet de la partie. — L'objet de cette étude peut être défini très simplement : il s'agit d'examiner la méthode immédiate que suivra le juge pour donner une solution au litige qui est porté devant lui.

Sans reprendre ici la discussion sur la nature et le critère de l'acte juridictionnel (1), il importe de préciser exactement la position du juge par rapport au problème qu'on lui soumet.

Le cadre de l'étude. — Le cadre de l'activité juridictionnelle du juge est constitué matériellement par les termes des conclusions présentées par les parties lors de l'instruction ou à la barre le jour de l'audience ; s'y ajoutent, s'il y a lieu, les moyens soulevés d'office par le juge (2). Encore le juge administratif, lié par les termes de la demande du requérant, garde-t-il parfois une certaine indépendance par rapport aux moyens articulés par les parties (3) ; en particulier dans le contentieux de la responsabilité, le juge n'hésite pas à substituer, lorsqu'il y a lieu, le fondement du risque à celui de la faute invoquée par les parties (4).

Cependant, sous le bénéfice de cette remarque, les conclusions des parties lient le juge qui ne peut ni refuser de statuer (5), ni statuer « ultra petita » (6). De la même façon, le respect des règles de procédure, quelle que soit leur force impérative (règles d'ordre public ou simples mesures d'ordre) et leur origine (légale, jurispru-

(1) Cf., à ce sujet entre autres articles, M. Waline, *Le critère des actes juridictionnels*, R.D.P., 1953, p. 565. — Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1934, p. 22 et s. — Chaumont, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel*, R.D.P. 1942, p. 93 et s., qui rappelle utilement les différentes approches possibles suivant que l'accent est mis sur l'aspect organique (Carré de Malberg) ou qu'on s'oriente vers une qualification matérielle (Bonnard, Duguit), ou qu'on mêle les deux éléments (Hauriou-Jeze). Ou, dans une perspective historique, Y.-L. Hufteu, *Le référé législatif* (Paris P.U.F.), op. cit., p. 37 et s...

(2) Plus subtilement, il arrive parfois que le juge, sans invoquer à proprement parler un moyen d'office, poursuive l'analyse de l'affaire jusqu'en un domaine dans lequel les parties n'ont pas pénétré. Cf. en ce sens un jugement très intéressant du T.A. de Versailles 15 avril 1970, Conseil Central de l'Ordre National des pharmaciens c. Ministre de la Santé publique et Docteur Grosdhomme (non publié à ce jour). Le Tribunal a d'abord fait droit au système présenté par les pharmaciens, mais il a poussé plus loin l'analyse, dans un domaine dans lequel aucune des parties ne l'avait invité à pénétrer, et a finalement rejeté la requête.

(3) L'arrêt Gourillon, C.E. 13 juillet 1961, précité, en est un exemple.

(4) Cf. C.E. 30 novembre 1923, Couiteas, S. 1923, 3, 57, note Hauriou, concl. Rivet ; D. 1923, 3, 59, concl. Rivet ; R.D.P. 1924, 75 et 208, concl. Rivet, note Jeze. Ou plus récemment C.E. 24 juin 1961, Chevalier, p. 431 ; ou dans une espèce intéressante, mais compliquée : T.A. de Nice, 22 mars 1968, S.C.I. L'Aiglon c. Ville de Nice, req. n° 75.624 (non publié à ce jour).

(5) L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement, sans être une décision d'incompétence, ne constitue pas à proprement parler une exception à cette règle, car il y a bien une réponse du juge à la demande du requérant même si elle est monotone.

(6) C.E. Sect. 14 février 1958, Sté Thorrand et C^{ie}, A.J.D.A. 1958, I, 13, concl. Long.

dentielle ou simplement coutumière) constituent à la fois un guide et une sécurité pour le juge (7).

Plan de la partie. — C'est à l'intérieur de ce cadre que se situent les méthodes juridictionnelles du juge ; encore convient-il de distinguer deux étapes successives dans la solution du litige par le juge : l'examen du litige qui lui est soumis d'abord (Titre I) ; la construction de la décision juridictionnelle (Titre II), ensuite, qui seule sera connue des parties.

Il est évident que l'examen des méthodes utilisées par le juge est plus aisé en ce qui concerne cette seconde phase, car on dispose alors de ce support tangible que constitue la décision publiée et parfois commentée. Au contraire, les propositions qui seront avancées à propos de la méthode utilisée par le juge lors de l'examen initial du litige, auront, par la force des choses, un caractère parfois hypothétique.

C'est pourtant par ce premier examen que la logique impose de commencer.

(7) C'est volontairement que nous écartons ici l'exposé même sommaire de ces règles de procédure qui alourdiraient la présente étude sans entrer directement dans son objet. Cf. sur tous ces points Auby et Drago, *Traité du contentieux*, 3 vol., Paris 1962, L.G.D.J. ; ou le cours professé par R. Odent à l'I.E.P. de Paris, Les cours du droit polycopiés 1957-1958 ; ou aujourd'hui la nouvelle polycopie de ce même cours (6 volumes et une table des arrêts) non encore intégralement paru à ce jour (décembre 1971).

TITRE I

LES METHODES DU JUGE DANS LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION (Examen de l'affaire)

L'équité à cet égard et ses rapports avec une méthode juridictionnelle. — Pour qui aborde cette délicate question de front, il pourrait, au premier regard, sembler que la démarche essentielle du juge dût être, dans chaque espèce, l'appel à des considérations d'équité : le juge doit rendre la justice ; il est bien tentant de confondre justice et équité (1).

La réalité est tout autre. Et le juge administratif l'a parfaitement compris, qui ne fait leur place aux considérations d'équité qu'à l'intérieur d'un système de méthodes objectives et indépendantes de chaque espèce.

Cependant, avant d'examiner le détail de ces méthodes, quelques mots doivent être dits de l'appel à l'équité, auquel le juge a parfois recours.

« Et si le juge veut bien juger un procès, doit bien entendre le cas, et fait duquel est question, où s'agit la difficulté, et le point principal, examiner et comprendre les preuves par titres et par témoins, en après s'adresser à la raison naturelle, et le juger en son esprit avant d'aller aux livres » (2).

Le conseil n'a jamais été tout à fait oublié ; et il est tentant pour le juge, parfois opportun également pour le justiciable, d'obtenir le silence du droit positif, devant telle considération d'équité qui, dérivée de la morale commune, semble parler plus fort que la règle stricte.

Une telle attitude du juge face au litige qu'on lui soumet est riche de séduction. Qui ne souscrirait, au premier mouvement, à la formule d'un « juge qui motive l'application de la loi par des attendus humains et sociaux en dehors de tout esprit professionnel, de toute tradition de caste » (3) ?

Aussi bien cette « école » a eu son porte-drapeau ; durant les

(1) Pourtant le Chancelier Daguesseau pourfendait déjà : « Les juges qui osent quelquefois combattre la justice sous le voile spécieux de l'équité », *Œuvres de Daguesseau*, 13 vol. in 4°, Paris, 1759, t. I, p. 124.

(2) M.-L. Mosnier, *Les véritables alliances du Droit français*, Tournon, 1618, V° « Juge », p. 544.

(3) R. Majetti, *Le phénomène Magnaud*, rev. socialiste, 1903, I, t. 37, p. 657.

dernières années du XIX^e siècle le Tribunal de première instance de Château-Thierry attira une attention qui dépassait le cercle étroit des juristes, par « des saillies d'indépendance, continues et tapageuses qui ont pu, sans contestation sérieuse, être imputées, principalement, à son chef d'alors, le Président Magnaud » (4). La « méthode » de celui-ci a été parfaitement caractérisée par Fr. GénY : « Ce qui frappe à première vue dans la manière du Président Magnaud, c'est qu'il évite, de parti pris, la marche habituelle du jurisconsulte, pour prendre des allures de tribun, et qu'au lieu de « dire le droit », d'après les éléments destinés à le révéler, il se préoccupe surtout de le juger des hauteurs de son propre esprit » (5).

C'est donc en tout premier lieu en tant que consécration et début de pratique d'une méthode juridictionnelle originale, que le « phénomène du Bon Juge » est intéressant. Si l'on veut bien oublier que dans le cas particulier du Président Magnaud, les préoccupations politiques personnelles étaient évidentes (6), il reste que le débat a été alors ouvert — et il atteignit l'opinion — sur la question de savoir si la tâche de rendre la justice n'était pas d'abord la traduction en termes juridiques, et avec la force de la chose jugée, d'une solution que dictait l'équité. En d'autres termes la méthode du juge, celle du « bon juge », n'était-elle pas celle qui savait repousser la rigueur de la loi comme la froideur des solutions de la jurisprudence pour trancher, connaissance prise des termes du litige, « ex aequo et bono » ?

L'équité n'est pas une méthode juridictionnelle autonome. — Par là-même, cette méthode était d'abord la négation de toute méthode. Et le paradoxe n'est qu'apparent ; il est clair en effet que le recours systématique à l'équité exclut que le juge soit tenu au respect d'une méthode stricte dans la recherche de la solution juridictionnelle, qu'il soit assujéti au respect d'un certain ordre et de certaines priorités dans le choix des attitudes intellectuelles qu'il peut prendre, des arguments auxquels il peut avoir recours.

En un mot, le recours exclusif à l'équité est fondamentalement une démarche subjective ; il interdit que le cheminement du juge soit jalonné de ces bornes que sont d'une part l'attention aux sources du droit, d'autre part le respect de certains procédés, de méthodes finalement.

Et l'on voit immédiatement la critique majeure et sans doute dirimante qu'encourt le recours exclusif à l'équité dans la conduite de la tâche juridictionnelle celui de subjectivisme ou, pour parler plus sévèrement, d'arbitraire.

(4) Fr. GénY : « Une passade de jurisprudence : le "phénomène Magnaud", Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Epilogue ajouté à la seconde édition », *L.G.D.J.*, 1919, t. 2, p. 289. Pour l'essentiel de cette question, on peut se reporter au chapitre susmentionné de Fr. GénY ; ou, pour un examen plus objectif, à H. Leyret, *Les jugements du Président Magnaud réunis et commentés*, 2^e éd., Paris, Stock, 1900.

(5) Fr. GénY, *op. cit.*, p. 299.

(6) Fr. GénY parle d'« un esprit de basse politique, laissant échapper un relent de littérature électorale » (*op. cit.*, *op. cit.*, p. 291), ce qui réussit cependant assez bien à l'intéressé pour le conduire à la Chambre des Députés, où plusieurs de ses interventions relatives à la magistrature ou aux questions d'administration de la justice furent remarquées.

L'attitude que prêchait le Président Magnaud avait pour conséquence dernière d'affranchir le juge du respect du droit. Celui-ci se trouvait placé seul en face du litige qui lui était soumis ; seul parce que l'équité, par définition, n'est inscrite nulle part, mais, dans ce système, est celle que le juge sait découvrir et qu'il découvrira d'abord dans les dédales de sa conscience. Ainsi Fr. Géný parle d'« un système de jurisprudence de pur sentiment » (7).

Sans qu'il soit besoin d'insister davantage, il est clair que le choix d'un tel système fait payer très cher les quelques avantages qu'on pourrait en attendre ; ce serait, consacré et exalté, l'arbitraire juridictionnel (8) ; pour le justiciable, l'absence de toute sécurité juridique.

Sans doute en effet l'équité à un moment et dans un pays donnés a-t-elle sa place, mais l'équité comprise et traduite par le juge est nécessairement et essentiellement marquée du subjectivisme de celui-ci : le Tribunal de Château-Thierry, sous l'impulsion de son Président, a alors affirmé la liberté du divorce par consentement mutuel (9) ; qui peut affirmer qu'une autre juridiction eût agi de même ?

Dans ces conditions, où est le droit, celui auquel le justiciable doit pouvoir se fier, celui qui ne se plaide pas nécessairement ? Le recours exclusif à l'équité ne saurait être compris au nom d'une méthode juridictionnelle ; il en est d'abord la négation. Ses inconvénients imposent qu'il soit écarté (10). L'intérêt du justiciable et celui du juge aussi postulent que ce dernier soit guidé par un système impératif de sources de droit d'abord, par le choix de méthodes objectives ensuite.

L'équité peut compléter les méthodes juridictionnelles. — Ce n'est pas dire que, dans le cadre de ces méthodes, l'équité ne soit pas, à l'occasion, appelée à jouer son rôle ; au contraire, elle garde sa place au sein d'un système de méthodes objectives proposé au juge (11). Simplement, elle n'est pas cette source unique, cette panacée juridictionnelle, trop séduisante pour être fidèle, qu'avait cru découvrir le « bon juge » de Château-Thierry.

(7) Fr. Géný, *op. cit.*, *eod. loc.*

(8) La remarque n'est pas nouvelle, cf. *Code Frédéric*, trad. par Formay, 3 vol., 1751, partie I, livre I, pp. 16 et 17 : « Faisons défense aux juges de l'interpréter dans les cas douteux et sous prétexte de l'intention de la loi ou d'une équité qui n'a très souvent de fondement que dans leurs propres cerveaux. »

(9) H. Leyret, *Jugements du Président Magnaud*, précité, t. II, pp. 87-88 et 93 et 95.

(10) C'est ce qu'avait déjà clairement perçu Blackstone : « La loi, sans équité, quelque dure qu'elle puisse être, est infiniment préférable, pour le bien public, à l'équité sans la loi : ce qui rendrait tout juge législateur, et ne produirait qu'une confusion infinie », *Commentaires sur lois anglaises*, trad. Gomicourt, Bruxelles, 1774, 6 vol., t. 1, p. 90.

(11) R. Latournerie donne de bons exemples de référence du juge administratif aux données « morales » et aux considérations d'équité, en particulier en matière de détournement de pouvoir ; ou encore l'expression de « moralité de l'élection », fréquemment utilisée dans le contentieux électoral. Il conclut cependant en ces termes : « Si riche de consonnances que soit ce mot d'équité, il cacherait toutefois, dans cette richesse même, un danger parfois redoutable si le juge ne prenait pas le soin de n'en utiliser que les harmonies accordées au système général du droit. » R. Latournerie, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 202 et 203.

Mais il n'est pas niable que, dans certains cas, le juge découvre la solution qui lui semble « raisonnable » d'emblée, sans appel à aucun cadre méthodique pré-établi ; et il faut bien admettre que, dans de telles hypothèses, l'équité est antécédante à tout essai de formulation juridique du litige. C'est même une idée, semble-t-il, assez répandue dans la pratique que « le magistrat juge les procès d'après sa conscience et son sentiment intime, et qu'il trouve les raisons juridiques ensuite » (12). Tel a été en son temps le dogme de l'Ecole du « freies Recht » (13) ; la construction technique de la solution juridictionnelle apparaît alors comme une forme, comme une justification (parfois une explication), non pas comme la description du raisonnement du juge.

Il faut remarquer tout de suite qu'il y a là, pour une large part, un faux problème ; la question de savoir si le juge considère d'abord telle disposition du droit positif pour y intégrer les données de l'espèce ou s'il découvre d'abord la solution pour y appliquer ensuite la « façade » du droit positif, n'a guère de sens ; la vérité est que le juge est d'abord un juriste ; il le reste lorsqu'on lui soumet une espèce concrète ; dès lors, dès le début, c'est en juriste qu'il examinera celle-ci ; il n'y a donc pas deux types de démarches possibles (sauf dans des cas exceptionnels) mais une approche unique qui inclut, et les éléments proprement juridiques, et les considérations de fait.

Sans doute le juge doit-il garder le contact avec l'équité et rester attentif tant aux impératifs de sa propre conscience qu'aux souhaits de l'opinion générale ; mais la logicisation croissante de sa démarche joue également son rôle, et constitue un élément de recherche, de contrôle, de justification (14).

Particulièrement en matière administrative, le juge qui, fréquemment, élabore le droit positif, ne peut se soustraire, dans l'accomplissement de cette tâche, au respect d'un certain formalisme dans la démarche qu'il suit : c'est le gage du sérieux de la règle édictée et de sa pérennité au-delà des contingences de l'espèce. Cela n'interdit nullement qu'au départ, et sans doute même parfois avant que se présente une espèce concrète, le juge ne soit attentif à des considérations d'équité (15) qui se situent à la fois au-delà et en-deçà du droit positif. Simplement ces données nouvelles ne seront incorporées au droit positif qu'après avoir été confrontées

(12) Cf. Maury : « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », p. 31, dans *Etudes offertes à G. Ripert*, t. I, pp. 28 à 50, Paris, *L.G.D.J.*, 1950.

(13) Sur le mouvement de « Freies Recht », on peut faire référence à Fr. Gény : « Le mouvement du "Freies Recht" dans les pays austro-allemands », in *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*. Epilogue ajouté à la seconde édition, t. II, Paris, *L.G.D.J.*, éd. 1919, pp. 330 à 403 ; ou encore de façon plus immédiate à un article d'Issay : « Die Methode des Interessenjurisprudenz », *Archiv. für die civilistische, Praxis*, CXXXVII, 1933, pp. 33 et sq.

(14) Cf. P. Hébraud : « La logique judiciaire, Rapport introductif au 5^e Colloque des Instituts d'Etudes judiciaires » (mai 1967), Paris, 1969, P.U.F., pp. 23 à 52.

(15) Cf. encore sur la place de l'équité, R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, p. 93.

avec certains éléments objectifs tels le droit existant sur ce point ou encore le cadre méthodique que le juge s'est créé (16).

Claude Bernard disait plus joliment : « l'idée c'est la graine ; la méthode, c'est le sol qui lui fournit les conditions de se développer, de prospérer et de donner ses meilleurs fruits suivant sa nature » (17).

En un mot, les considérations morales et d'équité ne sont pas sans influencer sur la jurisprudence, mais elles restent soumises à la méthode de celle-ci : sources matérielles de droit, elles doivent utiliser pour s'incorporer au droit positif le canal des sources formelles, soit qu'elles soient à l'origine des dispositions législatives ou réglementaires, soit qu'elles s'intègrent directement à la jurisprudence (18), ayant satisfait aux méthodes qui constituent le cadre de celle-ci.

Ainsi il est clair que parler de l'existence d'une méthodologie du juge administratif n'est en aucune façon méconnaître « la nécessité d'une latitude considérable laissée à l'interprétation individuelle dans l'élaboration des solutions juridiques » (19) ; au contraire cette libre interprétation individuelle a besoin du cadre d'une méthode qui seul lui donnera la portée, la signification, peut-être la puissance normative, qu'elle recèle.

Plan du titre. — Dernière remarque : il est important de bien distinguer entre la méthode du juge administratif dont a été dit le caractère stable et objectif et les procédés utilisés par le juge dans chaque espèce, et qui sont nécessairement fonction de celle-ci. La méthode est précisément le cadre dans lequel prennent place et se développent ces divers procédés.

C'est sur cette méthode qu'il convient de donner quelques précisions. Elle se caractérise principalement par la référence à un système de concepts d'une part (Chapitre I), d'autre part par l'utilisation de certains modes de raisonnement (Chapitre II).

(16) A titre d'exemple, on peut renvoyer à la célèbre décision C.E. 26 janvier 1961, Vannier, p. 60, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Kahn. Le Commissaire du Gouvernement a proposé une solution nouvelle, motivée par des considérations d'équité auxquelles on ne peut manquer d'être sensible ; mais la Haute Assemblée n'a pas suivi son Commissaire du Gouvernement parce que ces considérations lui ont paru conduire à un bouleversement inadmissible de certaines règles ou créations à la permanence desquelles il convenait de veiller.

(17) Cf. Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, Baillières, p. 60.

(18) Cf. sur ce point *infra*, partie II, titre I, l'ensemble du chapitre II.

(19) Fr. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 219.

CHAPITRE I

LA REFERENCE A UN SYSTEME DE CONCEPTS

L'existence d'un tel système. — Le juge ne peut révéler la solution du litige qu'on lui soumet sans situer les termes de celui-ci à l'intérieur d'un système qui comporte à la fois des notions fondamentales et des procédés techniques ; ce système existe indépendamment de l'espèce concrète qui est soumise au juge ; mais il recèle les instruments qu'utilisera celui-ci dans la recherche de la solution. M. Latournerie le fait clairement entendre : « Contrairement à ce que pensent non seulement la plupart des personnes étrangères au droit, mais encore nombre de juristes, le juge, avant de vaquer aux œuvres de logique, est fréquemment réduit à forger ses propres instruments, et parfois même à se procurer jusqu'aux prémisses de son raisonnement. Ce travail préalable représente, dans bien des cas, la plus difficile part de sa besogne. C'est là que son habileté et sa virtuosité techniques, dans le sens le plus favorable de ces termes, produisent le meilleur de leurs effets. Elles n'opèrent d'ailleurs sous cet aspect qu'avec une discrétion extrême » (1). Ainsi sommes-nous convaincus : la première tâche du juge est un travail de mise en ordre, d'intégration des données concrètes de l'espèce à un système qui préexiste. Par la même occasion, la citation de M. Latournerie révèle une difficulté supplémentaire pour l'analyste des méthodes du juge administratif : ce cadre de référence, ce système qui est à la base des méthodes juridictionnelles du juge est en même temps l'œuvre de ce dernier ; il faudra examiner cette question en son temps (2).

Rapports avec l'opération de qualification juridique. — Auparavant une précision doit être donnée ; on pourrait a priori être tenté d'assimiler cette première phase de l'activité juridictionnelle à l'opération de qualification bien connue de tout juriste. Elle correspondrait ainsi à la traduction en termes juridiques des données concrètes de l'espèce.

La réalité est plus complexe ; sans doute la confrontation de l'espèce à un système de concepts inclut-elle l'opération de qualification ; mais elle est plus large que celle-ci.

(1) R. Latournerie, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 232.

(2) Cf. *infra*, section I de ce chapitre.

D'abord parce qu'en matière administrative, la qualification n'est pas cette opération simple que l'on présente parfois (3) ; et cela pour la seule raison que cette opération de qualification exerce à son tour une influence sur le cadre juridique qui est utilisé ; cela tient à l'origine essentiellement jurisprudentielle de ce cadre ; si, par exemple, la qualification juridique de l'espèce est surprenante par rapport aux données juridiques préexistantes, tout naturellement on peut être conduit à penser que ce sont ces données conceptuelles qui doivent être reconsidérées, voire écartées comme périmées. A ceci s'ajoute de façon plus générale, le souci du juge de savoir dépasser le cadre du dossier qu'il examine pour tenir compte de la cohésion du système de référence qui est son œuvre, et dont, mieux que personne, il sait la nécessité ; ainsi le juge reste-t-il attentif aux conséquences que pourrait avoir telle solution d'espèce sur celles qui prévaudraient à l'avenir en un domaine voisin ; symétriquement, il peut ne pas vouloir se mettre en contradiction avec une décision antérieure.

Finalement, le juge ne se soucie pas seulement — ni même sans doute d'abord — de la qualification de l'espèce ; il veille à la cohésion du système tout entier, et à la conformité à ce système de la solution particulière qu'il adoptera.

A ce premier point de vue, l'activité juridictionnelle du juge emprunte à l'activité scientifique telle que la définit Portalis : « une suite de vérités ou de règles liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en un corps de doctrine et de systèmes » (4).

Plan du chapitre. — La méthode du juge se définit donc à ce premier stade comme la confrontation de l'espèce à un système de concepts de caractère synthétique ou fonctionnel. Aux premiers, nous réserverons le terme de « constructions » (Section II) ; les seconds peuvent être réunis sous le vocable de « techniques » (Section III) ; cependant avant d'entreprendre une analyse détaillée de ces constructions et de ces techniques, il est nécessaire de préciser l'origine de ceux-ci (Section I).

(3) Pour exemples intéressants de qualification, cf. C.E. 28 janvier 1970, Philip-Bingisser, *D.*, 1970, p. 372, note Lachaume ; ou, dans la même espèce, le jugement qui avait précédé cet arrêt : T.A. Marseille 10 juillet 1968, *A.J.D.A.*, 1969, II, 583, note de Laubadère. Inversement, le juge administratif a parfois recouru à une véritable « disqualification », lorsqu'il choisit de s'écarter des solutions qui lui paraissent périmées ; cf. par exemple le célèbre arrêt C.E. 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen, *S.*, 1902, 3, 17, conclusions Romieu, note Hauriou, par lequel une clause contractuelle qui attribuait un privilège exclusif est interprétée comme conférant un simple droit préférentiel. De façon plus générale, cf. les exemples donnés par L. Favoreu : « Du déni de justice en droit public français », *Thèse*, Paris (Paris, *L.G.D.J.*, 1964), p. 548.

(4) Portalis, Exposé des motifs de la loi du 30 novembre an XII.

Section I. — L'origine des constructions et des techniques utilisées par le juge administratif

C'est le juge qui crée ces concepts. — La citation que nous avons faite de l'article de M. Latournerie l'a déjà laissé entendre : l'origine des procédés utilisés par le juge administratif est d'abord, sinon exclusivement, jurisprudentielle (5).

Le législateur n'a eu pratiquement aucune part dans la définition et la hiérarchisation de ces concepts ; et c'était là une solution sage ; aucun texte ne saurait préciser par exemple ce qu'il faut entendre par le terme de « théorie », non plus que la signification précise du mot « notion » ; et pourtant c'est là le langage commun de l'administrativiste, qui parle de la théorie de l'imprévision, ou discute longuement sur la notion d'établissement public. La loi ne s'y réfère même pas ; et elle fait bien ; quelle serait la portée d'un texte qui viendrait définir le terme de « catégorie juridique », ou qui préciserait la distinction entre « construction » et « conception » ?

Cependant le juge a besoin de ce système de référence qui est son guide et assure la cohésion des décisions qu'il rend ; ainsi le juge a-t-il, dans le silence de la loi, à « forger ses propres instruments », suivant l'expression de M. Latournerie (6).

Les concepts qu'utilise le juge administratif sont d'abord son œuvre.

La méthode utilisée par le juge à cet égard. — Reste à comprendre comment le juge procède dans la découverte et l'affirmation de ces concepts. Cormenin, tout en s'attribuant le bénéfice de la découverte (7), l'explique fort bien : « la méthode que j'ai trouvée... consiste à relier les espèces, à les élever au rang d'axiomes et à déduire de ces axiomes les conséquences jurisprudentielles qui s'y rattachent et que les citations d'arrêts justifient. On a ainsi, à la fois, comme en mathématiques, la règle et la preuve. Cette méthode a cet avantage qu'une fois trouvée, elle s'applique à toutes les matières, même à celles qui ne sont pas encore créées » (8). La méthode que Cormenin transposait ainsi à l'enseignement du droit est bien celle qui permet au juge de découvrir les « règles universelles aux contours larges, au contenu enveloppant » (9) et qui « se dégagent bientôt des solutions particulières par l'abstraction et la généralisation, édifiées sur la comparaison des espèces » (10).

Le raisonnement suivi dans le cadre de cette méthode. — On comprend mieux maintenant la méthode du juge sur ce premier

(5) R. Latournerie, *op. cit.*, p. 232, précité, p. 25.

(6) R. Latournerie, *op. cit.*, p. 232, précité.

(7) Il est vrai que Cormenin déclare utiliser cette méthode d'abord pour l'enseignement du droit administratif, sans rappeler qu'elle était déjà celle du juge dans l'accomplissement de sa tâche juridictionnelle.

(8) Louis-Marie de Cormenin, *Questions de Droit administratif*, 3 vol. in 8°, Paris, 1837, t. I, préf. pp. XIV et XV.

(9) Fr. Génv, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé, op. cit.*, t. I, p. 188.

(10) *Ibidem*.

point : il s'agit, partant de la pluralité des solutions d'espèce, de procéder par induction pour en exprimer un principe, une construction ou une catégorie de référence de portée générale ; à ce stade se succèdent les opérations de recensement des espèces, de comparaison et de mise en ordre, puis l'induction qui conduit à la découverte du concept (11).

Mais le cheminement du juge ne s'arrêtera pas ici ; à la découverte du concept succédera ce que l'on pourrait appeler la vérification de sa valeur et de son utilité ; il s'agit alors de déduire du principe les applications et les conséquences qu'il comporte et d'en mesurer l'intérêt (12) et (13) ; comme l'écrivait Larnaude : « la déduction a une importance capitale en ce sens qu'elle permet d'apprécier la valeur du principe. De même qu'on juge l'arbre à ses fruits, de même l'on jugera le principe à ses conséquences » (14).

C'est ce double cheminement qui permet la découverte et l'utilisation par le juge administratif des principes qui lui sont nécessaires dans l'accomplissement de ses tâches juridictionnelles (15).

Cependant il faut ici faire remarquer avec F. Gény (16), que, si séduisante que puisse paraître en première analyse cette mécanique elle ne se légitime pas sans recours à des éléments extérieurs ; si, en effet, la déduction qui consiste simplement à tirer d'un principe toutes les conséquences qu'il renferme n'ajoute évidemment rien au principe lui-même, il n'en va pas de même de l'induction qui, lorsqu'elle dépasse la simple collection, n'est pas seulement une mise en ordre mais une découverte. Force est d'admettre qu'alors le juge ne se borne pas à juxtaposer et à classer les espèces mais incorpore à cette collection un travail nouveau de réflexion qui le conduit à la découverte du principe.

Exemple d'utilisation de cette méthode. — Les exemples de ce mode de raisonnement ne manquent pas ; on n'en retiendra qu'un seul, particulièrement significatif ; il s'agit du lent cheminement de

(11) « L'induction consiste, à partir des cas individuels pour accéder aux énoncés universels », Aristote, *Topiques*, I, 11, 105 a.

(12) Ici encore la référence à Aristote apporte la clarté : « Un raisonnement déductif est une formule d'argumentation dans laquelle, certaines choses étant posées, une chose distincte de celles qui ont été posées s'ensuit nécessairement par la vertu même de ce qui a été posé », Aristote, *Topiques*, liv. 1, 100 a.

(13) Mill (J. Stuart), *Système de logique déductive et inductive*. Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique. Trad. sur la 6^e éd. anglaise par L. Peisse, 2 vol., Paris, 1886.

(14) Larnaude : « Le droit public, sa conception, sa méthode. Leçon faite au Collège libre des Sciences sociales le 22 novembre 1909 », in *Les méthodes juridiques* (Paris, Giard et Brière, in 8°, 1910, 230 p.), p. 28 ; cf. encore sur ce sujet Larnaude, *Le droit public, sa conception, sa méthode*, op. cit., pp. 21 et s. ; ou bien les quelques pages consacrées par P. Soudet à Cormenin : « Une tentative plus que centenaire de systématisation des principes juridictionnels du Conseil d'Etat : Cormenin », in *Livre jubilaire du C.E.*, op. cit., pp. 295 à 297.

(15) Au demeurant, cette méthode, loin d'être originale au juge administratif, est d'un emploi quasi général ; Claude Bernard magnifiait déjà « l'induction procédé de l'esprit qui va du particulier au général », combiné avec « la déduction qui irait du général au particulier », il ajoutait que dans les deux cas, « l'esprit de l'homme fonctionne toujours de même, par syllogisme ; il ne pourrait se conduire autrement ». Nous aurons à examiner cette affirmation par la suite : cf. *infra*, chap. II.

(16) Fr. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 198.

la jurisprudence qui aboutit aujourd'hui à la construction d'un principe : celui du respect des droits de la défense (17).

Au départ l'on trouve simplement une solution particulière : l'obligation pour l'administration de communiquer son dossier à l'intéressé en cas de licenciement ; de cette disposition spéciale le juge va induire un principe général, très compréhensif, baptisé des droits de la défense, qui déborde largement non seulement le domaine particulier de la fonction publique, mais même celui de l'administration active, pour connaître d'applications dans le domaine de la procédure contentieuse ; c'est là la seconde phase de la systématisation juridictionnelle : celle de la déduction à partir du principe, des solutions particulières nouvelles qu'il comporte. Ces solutions particulières, suivant qu'elles apparaissent alors valables ou non, permettent ainsi de vérifier l'utilité du principe lui-même.

Utilité de ce travail du juge. — Si le juge contribue ainsi à mettre en place ce système de concepts, c'est que celui-ci est nécessaire à la bonne intelligence et partant à la bonne conduite de sa mission.

Laferrière souhaitait « la systématisation (du droit), non seulement parce qu'elle permet de vulgariser les doctrines, mais encore parce qu'elle contribue à en assurer la fixité, qui est une des garanties dues au justiciable » (18). Sinon la science juridique risquerait de devenir, comme le redoutait Paul Lombard, « un catalogue de données arbitraires et un pur mécanisme de déductions scolastiques » (19). Il est clair en effet que le droit, qui est fait pour l'usage commun, a besoin de systématisation ; celle-ci apparaît finalement comme la meilleure des garanties contre l'arbitraire des solutions particulières : « avant tout, l'élaboration juridique... est une systématisation » (20).

Plus immédiatement dans la conduite quotidienne de son travail juridictionnel le juge administratif a besoin de ce balisage que constitue un système de concepts duquel il peut faire découler ou auquel il peut confronter les solutions particulières qu'il adopte (21).

Dangers de cette méthode ; éviter un excès d'abstraction. — La systématisation et la découverte de concepts font donc nécessairement partie des méthodes juridictionnelles du juge ; ce n'est pas à dire que, poussée à l'excès, cette activité ne puisse présenter des dangers.

Au demeurant ces dangers ont été signalés par ceux-là mêmes qui d'abord avaient reconnu l'utilité, la nécessité même, de ce travail d'abstraction. Ainsi Fr. Gény signale le danger d'une multi-

(17) Cf. sur tout ce paragraphe, R. Odent, *E.D.C.E.*, 1962, pp. 44 et s., qui développe longuement cet exemple et en suggère d'autres.

(18) Laferrière : « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », Paris, 1896, 2^e éd., 2 vol. in-4°, in Introduction.

(19) Et Paul Lombard regrettait que : « Tant d'intelligences, même élevées, se figurent le droit comme une collection de règles convenues ou imposées, susceptibles par elles-mêmes de pourvoir à tous les rapports d'intérêt ou de justice. » Paul Lombard, *Discours sur le Code civil allemand*, séance d'inauguration de l'Université de Nancy, 19 novembre 1896, p. 22.

(20) G. Tarde, *Les transformations du droit*, Paris, 1893, p. 154.

(21) C'est au fond la juste application du vieux précepte de Paul : *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*, Fr. 1, *De regulis juris*, Dig. 50, 17.

plication « des notions techniques, froides et vides de réalité féconde », d'un « système fait tout entier *en formules et en catégories pures* » (22).

Ce n'est pas au travail de systématisation lui-même du juge que s'en prenait le Doyen de Nancy ; il précisait ainsi sa pensée : « l'abus consiste, si je ne me trompe, à envisager comme doués d'une réalité objective permanente des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de leur nature. Et cette fausse manière de voir... aboutit à faire tenir a priori tout le système du droit positif en un nombre limité de catégories logiques qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fond, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie » (23).

La remarque reste vraie pour ce qui est du droit administratif ; toutefois en ce domaine l'absence de codification, comme le caractère contingent de la loi écrite, ont indiscutablement accoutumé le juge à rester plus attentif « aux éléments vraiment substantiels de la vie du droit, aux motifs moraux, psychologiques, économiques, politiques et sociaux » (24), et à veiller à l'adéquation des constructions abstraites aux impératifs que dictaient ces « éléments substantiels » (25).

Finalement ce qui importe ce n'est pas le refus de l'abstraction : celle-ci nous l'avons dit est nécessaire au juge ; ce qui importe c'est que le juge garde toujours présente à l'esprit la considération du but à atteindre, ces « éléments vraiment substantiels » dont parle Fr. Géný ; la systématisation doit être téléologique.

M. Latournerie formule remarquablement cet idéal d'équilibre : « les méthodes du juge administratif sont absolument incompatibles avec l'arbitraire d'axiomes qui, par leur méconnaissance ou leur mépris du réel juridique, constitueraient autant de coups d'Etat jurisprudentiels. Elles ne s'interdisent pas moins toutes possibilités de verser dans l'aridité et la stérilité scolastiques, en négligeant de garder, à tout instant, fût-ce pour les notions les plus éprouvées, le contact immédiat avec le réel » (26). Sans doute le droit ne se conçoit-il pas sans « une cohérence logique qui fournit au juge le meilleur de ses moyens d'action », ce qui suppose l'utilisation de « concepts qui représentent le produit de l'effort d'abstraction sans lequel l'infinie variété des faits n'offre aucune prise à la loi et à la règle » (27) ; mais il ne serait pas moins dangereux « d'isoler les éléments de la réalité et de les jeter dans le moule de la cons-

(22) Fr. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 149.

(23) Fr. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 129.

(24) Fr. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 149 ; cf. *infra*, partie II, titre I, chapitre II.

(25) Sur le contenu de ces sources matérielles du droit, et sur leur perception par le juge administratif, cf. la seconde partie en général.

(26) R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, p. 97, note 2.

(27) R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 194.

truction juridique, pour en tirer des entités indépendantes des faits, et se mouvant dans l'abstraction pure » (28) et (29).

La cause semble ainsi entendue : la découverte et l'utilisation d'un concept ne doivent jamais être considérées comme des fins en soi (30) ; il faut, pour employer un mot inélégant, que ce concept soit « opérationnel » (31) ; dans le cas contraire — M. Latournerie parle alors de « concepts vicieux » (32) — il n'y aurait que des inconvénients à s'y référer.

Conclusion. — Ainsi est précisée la place qui doit être faite à la référence aux concepts dans les méthodes juridictionnelles du juge administratif ; chemin faisant a été indiquée l'origine quasi-exclusivement jurisprudentielle de ces concepts.

Reste maintenant, entrant plus avant dans le détail, à préciser quels sont ces concepts, et comment ils s'agencent entre eux. Pour une meilleure intelligence de l'étude, l'examen des « constructions » précédera celui des « techniques », tels que ces termes ont été définis précédemment (33).

Section II. — Les constructions utilisées par le juge administratif

Les imprécisions du vocabulaire. — Les constructions qu'utilise le juge sont multiples et d'une certaine façon bien connues ; il n'est pas d'administrativiste qui n'ait invoqué telle « notion », tel « principe », telle « catégorie » ou telle « théorie » (34), et ceci sans parler

(28) Fr. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 144.

(29) Cf. encore sur tous ces points l'article de Bonnard à la R.D.P. 1943, en particulier pp. 235 et s. et pp. 271 et s., auquel se réfère d'ailleurs R. Latournerie dans l'article précité (*supra*, note 27).

(30) Hauriou dénonçait déjà « ceux qui ont la prétention d'enfermer le droit administratif dans un système d'idée préconçues dont la vie pratique n'a aucune espèce de souci » (note au S., 1921, III, 49) ; à quoi fait écho la méditation du Doyen Savatier : « Le caractère à la fois passionnant et décevant de la tâche des juristes vient de ce que le droit est sans cesse à reconstruire. Traduisant la vie, il en suit les transformations. Aussi les compartiments qu'il établit ne sont-ils jamais étanches ni définitifs » (D., 1946, chr., p. 25).

(31) Il faut cependant signaler qu'on a parfois voulu opposer, parmi les notions juridiques issues des efforts de la jurisprudence, des notions dites « conceptuelles » à d'autres qui sont baptisées « fonctionnelles ». Séduisante en théorie, cette distinction est condamnée par la pratique qui n'aurait aucune raison de retenir une notion purement conceptuelle qui, par définition, n'aurait aucune implication effective. Cf. pour un exposé rapide de la question, B. Gény : « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celle du droit administratif » in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 291.

(32) R. Latournerie (op. cit., p. 24, note 2, eod. loc.) ; et l'auteur donne comme exemple des difficultés que peuvent entraîner certains concepts, le problème connu de l'explication logique de la responsabilité pour faute des personnes morales ; cf. sur ce point M. Waline, *Traité de droit administratif*, pp. 173 et s.

(33) Cf. *supra*, p. 26.

(34) Citons, par exemple, et au hasard, la notion de service public, le principe d'égalité devant les charges publiques, les diverses catégories d'établissements publics, la théorie de l'imprévision.

les problèmes courants de « définition » (35), de « classification ». Le terme de « construction » lui-même auquel nous prêtons ici une signification générique (36), est parfois employé dans un sens particulier.

Et l'on voit tout de suite où gît la difficulté : est-il possible de caractériser chacune de ces constructions, de distinguer par exemple la « théorie » de la « notion » ; ou bien au contraire ces termes sont-ils utilisés un peu au hasard des modes juridiques ?

Disons-le tout de suite, point ne faut s'attendre à trop de rigueur en la matière ; la langue juridique courante, et parfois même les auteurs (mais non sans arrière-pensée) ne se choqueraient pas de ce qu'il soit successivement parlé de la notion d'égalité devant l'impôt ou du principe d'égalité devant l'impôt. Cependant — on le remarque déjà — la signification n'est pas exactement la même.

Il est clair ainsi qu'il ne peut être question ici que de donner quelques indications, quelques précisions sur la signification la plus communément attachée par le juge lui-même à ces différents termes ; aucunement d'énoncer quelque vérité absolue et qui serait à l'abri de toute critique.

§ 1^{er}. — *Les théories*

Recherche d'une définition. — Le premier de ces concepts que nous examinerons est celui de théorie (37).

A première vue ce concept ne semble pas difficile à définir ; il fait partie de la langue courante et il ne semble pas besoin d'être juriste pour en préciser le contenu. On pourrait par exemple en emprunter la définition à Claude Bernard : « les théories représentent l'ensemble de nos idées scientifiques... et sont ainsi indispensables pour représenter la science » (38).

Ainsi serait à ranger sous l'étiquette de théorie toute explication — ou toute tentative d'explication — de l'ensemble d'une discipline, bénéficiant d'une certaine cohérence interne et ayant une portée explicative universelle à l'intérieur de cette discipline. Constatons — pour en revenir au domaine juridique, — que c'est dans ce sens que certains parlent de la « théorie du service public ».

Toutefois, sans entrer dans une discussion qui n'est pas notre objet, il est aisé de constater qu'ainsi entendu le vocable de théorie

(35) Les questions de « définition » seront surtout abordées dans la seconde partie de ce travail, consacrée à l'examen des méthodes jurisprudentielles du juge administratif, car c'est surtout à ce titre que le problème peut être posé. On se limitera ici à donner la signification du terme : « une définition est une formule qui exprime l'essentiel de l'essence d'un sujet » (Aristote, *Topiques*, I, 4, 101 a) ; et un exemple des difficultés auxquelles la définition de la notion de service public a donné lieu ; cf. R. Latournerie, « La notion de service public », *E.D.C.E.*, 1960, p. 97 ; et M. Waline, « Compte rendu de l'étude de M. Latournerie », *R.D.P.*, 1961, pp. 709 et s.

(36) Nous pouvons, semble-t-il, nous abriter ici derrière la haute autorité de M. Latournerie qui, dans l'article souvent cité, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, a pris la même option. Cf. en particulier p. 214.

(37) Sur les théories en général, cf. R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, pp. 209 et s.

(38) Cl. Bernard, « Introduction à l'étude de la médecine expérimentale », *op. cit.*, p. 70.

ne serait pas d'un emploi fréquent, puisqu'à la limite l'ensemble du droit administratif se ramènerait à une théorie ou à quelques théories concurrentes, mais ayant toutes une vocation universelle, et par là, vocation à l'unicité.

Telle n'est pas la réalité ; on parle couramment de la théorie des fonctionnaires de fait et de la théorie des actes détachables ; nul ne soutiendra que ces deux théories aient vocation à expliquer l'ensemble du droit administratif, non plus qu'à s'affronter l'une l'autre.

Ainsi le concept de théorie, à côté d'une définition large, finalement de peu d'usage en droit administratif, appelle-t-il une définition plus étroite. Mais c'est ici que les difficultés commencent.

Pour M. Latournerie la direction dans laquelle il convient de chercher est la suivante : « Quand un principe atteint assez d'ampleur pour être promu à un grade suffisamment élevé dans l'ensemble des principes généraux, cette dignité se traduit souvent par le terme de théorie » (39). Se retrouve ici l'idée du caractère compréhensif de la théorie : ce n'est que lorsqu'un domaine suffisamment large du droit public est en cause que l'on peut parler de théorie. Cette idée n'est certainement pas inexacte ; elle n'est d'ailleurs finalement qu'une réminiscence, sous une forme adaptée, de la définition large qui a été mentionnée précédemment.

Simplement, il semble qu'il soit opportun d'aller plus loin et d'examiner le concept de théorie juridique, si l'on peut dire, de l'intérieur ; dans cette perspective, ce n'est plus tant sur l'ampleur du domaine concerné que sur la cohésion interne et sur l'articulation logique des règles que comporte la théorie que l'attention doit se porter. Serait alors baptisé théorie un ensemble logique autonome dans lequel les règles secondes se déduisent immédiatement des règles premières, lesquelles se regroupent elles-mêmes autour d'une donnée unique.

Ainsi s'expliquerait que l'on ait pu parler de la théorie des actes détachables (40) alors même que cette théorie n'était pas encore d'application fréquente (41) ; symétriquement l'absence d'homogénéité de la catégorie qu'ils constituent et leur juxtaposition au sein de celle-ci, expliqueraient que la doctrine parle plus volontiers de la « notion » d'acte de gouvernement que de la « théorie » des actes de gouvernement ; où seraient en effet dans ce second exemple le principe unique d'explication, les liens logiques entre diverses solutions particulières ? (42).

Finalement il nous semble qu'il n'est pas déraisonnable de pré-

(39) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 209.

(40) La construction proposée par le commissaire du Gouvernement Romieu dans le célèbre arrêt : C.E. 4 août 1905, Martin (*Leb.*, p. 749), comportait dès le début cette plénitude logique ; les décisions qui ont suivi en ce domaine n'ont fait que la révéler.

(41) Cf. C.A. Colliard : « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat » in *L'évolution du droit public*, Paris 1956, pp. 115 et s.

(42) Inversement, l'on comprend que l'idée de théorie retrouve sa place sous la plume d'auteurs qui proposent précisément une explication logique et unique de l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement, cf. Chapus : « L'acte de gouvernement, monstre ou victime » (*D.*, 1958, chr., p. 5).

tendre caractériser en général, le concept de théorie par l'ampleur du terrain juridique concerné d'abord, par la rigueur interne de la construction juridique ensuite.

Exemples pratiques. — Et l'usage commun, somme toute, correspond assez bien à cette analyse ; ainsi parle-t-on de la « théorie des fonctionnaires de fait » qui coiffe une série de règles ordonnées logiquement autour de la simple constatation de bon sens que le fait précède parfois le droit qui doit alors en tenir compte (43). Ainsi encore, on l'a dit, de la théorie des actes détachables, de la théorie de l'imprévision (44) ou plus anciennement de la théorie du ministre-juge (45). D'autres théories, dont les caractéristiques sont les mêmes, ont vu le jour dans le domaine particulier de la procédure : telle par exemple « la théorie des moyens inopérants » (46).

§ 2. — Les principes

Recherche d'une définition. — L'examen du concept de théorie conduit logiquement à s'interroger sur la signification précise de celui de « principe » ; en effet, comme on l'a déjà laissé entendre, c'est fréquemment autour d'un de ces principes que s'articule une théorie (47).

Cependant lorsqu'on cherche à cerner de plus près le terme, la difficulté devient extrême, peut-être précisément parce qu'il en est fait un emploi très fréquent en droit administratif, et particulièrement par le juge, même lorsque celui-ci ne prononce pas le mot.

Cette difficulté même invite à aborder le problème d'assez haut : « Les principes ne sont que des faits très généraux qui changent d'un mouvement plus lent que l'ensemble, en sorte que l'on peut s'en servir provisoirement comme d'observatoires, et de là mesurer et comparer, dans une immobilité relative, l'évolution des autres

(43) Cf. notamment M. Waline : « Traité de droit administratif », *op. cit.*, p. 384.

(44) La construction repose tout entière dans l'exposé théorique que constituent les célèbres conclusions du commissaire du Gouvernement Léon Blum, dans l'arrêt C.E. 21 mars 1910, Compagnie générale française des tramways (*Leb.*, pp. 216 et s.) ; cf. aussi, la relation qui en est faite par P. Juvigny : « Un grand commissaire du Gouvernement Léon Blum », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 338.

(45) Cf. sur l'évolution et les caractéristiques de cette théorie, Auby et Drago : « Traité de contentieux administratif », *op. cit.*, t. I, p. 142 ; ou encore d'un point de vue plus proche du nôtre, Fournier, *E.D.C.E.*, 1956, p. 152.

(46) Sur la théorie des moyens inopérants et les caractères qu'elle présente, cf. Letourneur : *E.D.C.E.*, 1962, p. 53.

(47) Nous écartons ici volontairement, toute discussion sur le problème de la valeur juridique des principes généraux du droit. Cf. sur ce point, outre la thèse de M. Jeanneau : *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, *Th.*, Poitiers, 1953 (Paris, *Sirey*, 1954, 288 pp.) avec une préface de J. Rivero ; Morange, note au *D.*, 1946, 1, 159 ; Jean Rivero, *D.*, 1951, p. 23, *chr.* précitée ; R. Chapus, *D.*, 1960, p. 119 ; G. Braibant : L'arrêt Syndicat des ingénieurs-conseils et la théorie des principes généraux du droit, *E.D.C.E.*, 1962, p. 67. Les principes sont ici examinés comme concepts auxquels se réfère le juge et non directement du point de vue de leur autorité comme source formelle de droit ; le problème sera évoqué par la suite (cf. *infra*, Partie II), lorsque le moment sera venu d'examiner l'attitude du juge administratif vis-à-vis de la loi écrite.

faits » (48). Cette idée n'est pas fausse, et dans l'« utilisation des principes » par le juge, il y a certainement ce souci de « prendre du recul », de bénéficier d'un « observatoire dont le mouvement soit assez lent pour qu'il paraisse immobile » (49). Cependant, plus strictement, « les principes, dans le langage de la logique, c'est ce qui est premier, soit absolument, soit relativement » (50).

Les choses se précisent un peu : les principes sont à la frontière du droit ; ils gouvernent celui-ci, et guident le juge qui en est l'artisan autant que l'interprète. Ils sont les fenêtres qui laissent pénétrer le jour à l'intérieur du cabinet du juriste, mais un jour tamisé. Ainsi s'explique que les principes juridiques ne soient pas d'abord des règles de droit (51). Comme l'écrivait Fr. Géný : « les principes généraux du droit représentent un idéal de raison et de justice, conforme au fond permanent de la nature humaine » (52).

Par là-même, c'est souvent l'un de ces principes que l'on trouve comme fondement de ces théories dont nous parlions plus haut. Le principe est alors, comme le veut l'étymologie, la règle première. Ainsi finalement, immédiatement ou par le relais du droit positif, c'est l'ensemble du droit administratif que concernent les principes (53).

L'imprécision des principes. — Quant à leur formulation, leur généralité même (54), comme le souci d'une certaine permanence qu'ils manifestent, imposent qu'elle soit assez floue, même parfois imprécise ; comme le dit M. Jeanneau : « c'est bien souvent dans l'imprécision même de leur contenu que réside une des causes de la permanence des principes généraux du droit » (55). Et d'ailleurs y concourt également le fait que « dans l'élaboration de ces principes, la part du juge qui n'est jamais minime, est fréquemment prépondérante » (56). Le juge n'a pas besoin de formuler clairement ces principes, au contraire leur utilité même invite à une certaine imprécision. Jean Boulanger avait déjà fait remarquer : « force est

(48) E. Boutmy in *Revue internationale de l'Enseignement*, 1889, 1^o, t. XVII, p. 224. Il est juste de rappeler que Boutmy parle ici des principes de l'histoire.

(49) Cf. pour l'explicitation de cette même idée, Larnaude in *Les méthodes juridiques*, *op. cit.*, p. 24.

(50) E. Gohlot, *Le vocabulaire philosophique*, V^o « Principes ».

(51) En ce sens, J. Boulanger : « Les principes généraux du droit et le droit positif », in *Etudes offertes à G. Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 55 ; « Il existe entre un principe et une règle juridique, non seulement une inégalité d'importance, mais une différence de nature. » Cependant, sans être en opposition fondamentale avec cette affirmation, P. Roubier voit dans les principes généraux de droit « certaines règles juridiques à grand rayonnement ; dégagées par le travail d'abstraction et de systématisation des juristes dans son résultat le plus élevé ». Paul Roubier : « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Etudes offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, t. I, p. 11.

(52) Fr. Géný : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, t. I, p. 33.

(53) C'est en ce sens que M. Latournerie voit dans les principes du droit « l'apport indispensable » d'une « synthèse de réalités ». R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 201.

(54) Sur le caractère de généralité des principes, cf. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 201 en particulier.

(55) M. Jeanneau : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 188.

(56) R. Latournerie, in article précité, p. 204, note 104 ; et également J. Cruet : *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908.

de reconnaître bien souvent que le mot « principes » n'éveille dans l'esprit que des représentations assez confuses » (57).

Toutefois l'imprécision est plutôt dans le contenu du principe que dans la définition proprement dite de celui-ci (58) ; matériellement, un principe se caractérise comme une règle première, de portée suffisamment large, et comprenant virtuellement, à titre de conséquences, une théorie de règles juridiques qui se justifient par référence à ce principe (59).

Exemples positifs. — L'examen du droit positif est en accord avec cette définition. A la base de chacune des grandes directives de la jurisprudence, il est possible de découvrir un principe (60).

Sans prétendre dresser de ces principes une liste exhaustive (61), on peut en donner quelques exemples, tel, de portée très générale, le principe d'égalité des administrés devant les charges publiques (62), qui comporte lui-même une série de sous-principes, applications dans chaque domaine particulier du contentieux administratif du principe plus général : ainsi l'égalité des citoyens devant l'impôt (63), ou devant les tarifs (64) ; ainsi encore l'égalité devant les services publics (65), ou l'égalité dans l'usage du domaine public (66). Des principes comme ceux-ci constituent, à n'en pas douter, la règle première, la clef de voûte de théories comme celle de la responsabilité de l'Etat législateur ou de la responsabilité du fait de la non-exécution des décisions de justice. Ils ne sont pas, par eux-mêmes et immédiatement, des règles de droit ; mais ils en sont le support et l'explication logique.

(57) J. Boulanger : « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.* L'auteur s'y interroge ensuite longuement sur la définition des principes généraux du droit ; cet article a, entre autres, l'intérêt de mettre l'accent sur la place des principes généraux en droit privé, alors que la tendance est parfois d'en limiter l'étude au droit public. Cf. par exemple, *Cass. civ.*, 25 juillet 1938, *D.H.*, 1938, p. 591.

(58) Cf. sur le rôle du juge dans la définition des principes, D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif français » (*th.*, Paris, 1970, multi-graphiée, pp. 116 et s.).

(59) Ainsi, le rapprochement des principes généraux du droit français avec la « coutume générale immémoriale du Royaume » qui a son rôle en droit anglais, pour être significatif, doit être complété de la remarque du caractère plus directement fonctionnel des principes généraux du droit. Pourtant, certains principes de très large envergure, comme, par exemple, la référence à « la tradition républicaine » s'enrichissent de ce rapprochement ; cf. R. David : « Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre » (Paris, Sirey, 1948, p. 156). Cf. également à ce point de vue, R. Cassin, in *Rev. internat. d'histoire politique et constitutionnelle*, 1951, pp. 57 et s.

(60) Cf. R. de Lacharrière : « Cormanin, politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif » (Paris, *L.G.D.J.*, 1941, 87 p.) avec une préface de Bonnard ; en particulier pp. 53 et s.

(61) Cf. A. de Laubadère : « Droit administratif », *op. cit.*, t. I, pp. 199 et s., n. 379. Letourneur : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1951, p. 19.

(62) P. Delvolvé : « Le principe d'égalité devant les charges publiques », *th.* Paris, 1966. Pour une application d'office de ce principe (alors que le requérant s'était placé sur le terrain de la faute), cf. T.A. Nice, 22 mars 1968, ville de Nice c. S.C.I. *l'Aiglou* (non publié à ce jour).

(63) Morange : « Le principe de l'égalité devant l'impôt », *D.*, 1951, chr., p. 103.

(64) C.E. 1^{er} avril 1938, Société l'alcool de Coubert, *R.D.P.*, 1938, p. 487, concl. Latournerie.

(65) C.E. 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, *Dr. social*, 1951, p. 368, concl. Letourneur, note Rivero.

(66) C.E. 18 mai 1928, Laurens, *D.*, 1928, 3, 65, concl. Rivet, note Waline.

Les principes ont parfois un domaine d'application plus étroit ; par exemple celui, aujourd'hui adopté par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel (67), qui veut que le silence gardé par l'Administration soit assimilé à une décision de rejet ; ou bien encore le principe de non-rétroactivité des actes administratifs (68) ; comme le note le Doyen Vedel, ce dernier principe, « naguère rattaché à l'article 2 du Code civil, est regardé aujourd'hui par le Conseil d'Etat comme un principe général du droit et relève d'ailleurs de la simple logique juridique : les effets ne peuvent être antérieurs à l'acte qui est leur cause » (69) ; là encore le principe n'est pas, par essence, une règle de droit ; il est riche d'implications juridiques ; mais il est d'abord — on nous l'explique — une règle de bon sens, de « logique juridique ». Ainsi sont justifiées, par la même occasion, les exceptions que la jurisprudence apporte à ce principe : c'est qu'alors cette même logique juridique justifie que le principe soit écarté (70) et (71).

§ 3. — *Les notions*

Recherche d'une définition. — Il serait sans doute excessif d'opposer de façon absolue le concept de théorie à celui de notion ; certains qui parlent de la théorie des actes détachables ne se choqueraient pas d'entendre exposer la notion d'acte détachable.

Cependant — cet exemple le fait déjà pressentir — la signification n'est pas exactement la même dans les deux cas ; dans le premier, il s'agit de l'exposition d'un système, exposition abstraite, qui se justifie par elle-même et par la lumière qu'elle apporte à un domaine entier du droit ; au contraire, pour qui invoque la notion d'acte détachable, le souci n'est pas le même mais, généralement, celui beaucoup plus immédiat de trancher une difficulté particulière par le recours à un concept fonctionnel (72).

Finalement c'est son caractère « opérationnel » qui caractérise la notion (73).

(67) C. Const. 26 juin 1969, *J.C.P.*, 1969, I, 2290 *bis*, note Voisset.

(68) C.E. 5 janvier 1945, Caisse primaire d'assurances sociales « la famille-capitalisation », *Leb.*, p. 6 ; C.E. 25 juin 1948, *L'Aurore* et autres, *S.*, 1948, 3, 69, concl. Letourneur ; *D.*, 1948, p. 437, note Waline.

(69) G. Vedel : « Droit administratif », *op. cit.*, p. 173.

(70) G. Vedel : « Droit administratif », *op. cit.*, pp. 174 et 546.

(71) Sur tous ces points, l'optique est un peu différente — et très intéressante — dans l'ouvrage de Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation* (2^e éd., Ed. de l'Institut de sociologie, Bruxelles, 1970), pp. 174 à 190.

(72) On peut remarquer en ce sens, sans y attacher plus d'importance qu'il ne convient, que dans le premier cas, on parlera de la théorie des actes détachables au pluriel, car elle est une explication de l'ensemble des actes détachables ; tandis que dans le second cas on se réfère à la notion d'acte détachable au singulier, car il s'agit au fond de savoir si tel acte juridique connu peut être ou non décomposé, l'élément administratif de l'acte étant alors « détaché ».

(73) On ne doit cependant pas taire que certains ont cru devoir opposer « les notions fonctionnelles » à d'autres qu'ils qualifient « notions conceptuelles ». Nous nous sommes déjà expliqué sur le caractère artificiel à notre avis, d'une telle distinction. Cf. *supra*, p. 31, n. 31 ; il suffit d'ailleurs de renvoyer à l'exposé à notre sens dirimant de M. Latournerie qui démontre la concordance nécessaire entre les « notions conceptuelles » et « notions fonctionnelles ». Cf. R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, pp. 94 et 95.

Une autre indication doit peut-être être cherchée dans le caractère prélogique des notions : le juge les découvre plus qu'il ne les construit ; il s'y réfère plus qu'il ne les définit ; la cohérence logique qui, nous l'avons dit, caractérise les théories, est ici entièrement absente. Il y a dans l'utilisation des notions un aspect intuitif.

C'est ainsi, semble-t-il, que M. Rivero invoque la notion de laïcité (74) et (75) ; ainsi encore qu'il convient pour certains de garder sa place à une notion — et non à une théorie — du service public : la référence du juge à cette notion est quasi-quotidienne et cependant il semble bien que, rebelle à la définition et impropre à constituer un système satisfaisant, elle n'ait jamais été et ne devienne jamais une théorie (76). De la même façon s'expliquerait que la tendance soit aujourd'hui à ne plus parler d'une théorie de l'établissement public, pour se référer plus modestement, mais sans doute avec un plus grand réalisme, à la notion d'établissement public (77). Qu'on pense encore à la notion de travaux publics (78) ou à la notion de juridiction (79). Le caractère « opérationnel » de la notion explique encore que le juge soit attentif à lui garder toute la précision d'un instrument intellectuel à « en éviter la dégradation » (80).

Finalement le concept de notion se distingue de celui de théorie parce qu'il n'en a pas la puissance logique, de celui de principe parce qu'il présente un caractère plus immédiatement fonctionnel. Lorsque le juge invoque une notion, il est déjà sur le chemin de la solution, le temps de la consultation des grands principes est terminé ; toutefois l'appel à cette notion, parce qu'il est surtout intuitif, conservera une plus grande part au libre vouloir du juge que la référence à une théorie dont la cohérence logique s'imposera à tous ses mouvements.

Les notions conservent ainsi un caractère souple ; le juge les modèle suivant le but qu'il veut atteindre plus qu'elles ne s'imposent à lui : un bon exemple en est donné par la notion de formalités

(74) Cf. J. Rivero : « La notion de laïcité », *D.P.*, 1949, chr., p. 137.

(75) Cf. en droit privé, R. Demogue *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*. Paris, Arthur Rousseau, 1911.

(76) Du point de vue plus particulier qui nous intéresse, on extraira de la littérature inépuisable consacrée à ce sujet : R. Latournerie : « Sur un Lazare juridique, bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence », *E.D.C.E.*, 1960, pp. 61 et s., et la réponse convaincante de M. Waline à la *R.D.P.*, 1961, pp. 708 et s., *Compte rendu de l'étude de M. Latournerie*. M. Waline y insiste en particulier sur l'impossibilité qui, à son avis, persiste, de définir le service public.

(77) Cf. sur cette notion R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, pp. 150 et s. ; et sur ses « mésaventures », R. Drago : *Les crises de la notion d'établissement public*, Paris, 1950 ; ou encore R. Connois : « La notion d'établissement public en droit administratif français » (*Th.*, Paris, *L.D.G.J.*, 1958).

(78) Sur l'élaboration et l'évolution de cette notion, cf. Noël : « La notion de travail public », *th.* Paris, 1924 ; Capitant : « La double notion de travail public », *R.D.P.*, 1929, p. 507 ; Bloch : « Recherche sur la notion de travail public », *th.* Paris, 1961. Ces titres sont, par eux-mêmes, révélateurs. M^{me} Questiaux : « Récents développements de la notion de travail public en tant que critère de compétence du juge administratif », *E.D.C.E.*, 1962, pp. 73 et s.

(79) Cf. sur cette notion, R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *L.J.C.E.*, pp. 243 et s.

(80) Ce sont les termes mêmes employés par le commissaire du Gouvernement Rougevin-Baville dans ses conclusions sur une très intéressante affaire, C.E. 9 octobre 1970, Gaillard (*R.D.P.*, 1970, p. 1431), à propos de la notion de collaborateur bénévole du service public.

substantielles dont le contenu a varié fréquemment (81), par la notion d'affectation (82), ou encore par celle de la spécialité des établissements publics dont les contours se sont souvent modifiés (83).

Exemples positifs. — Les notions sont d'utilisation constante par le juge (84) ; lors même qu'il ne les mentionne pas expressément, il est clair que la solution qu'il adopte ne se comprend que par référence à l'une ou l'autre de ces notions (85).

Il importe de remarquer d'autre part que le juge qui a élaboré ces notions, soit de lui-même, soit à partir d'un texte de loi comme pour la notion de travaux publics, veille à établir une certaine hiérarchisation entre les diverses notions ; ainsi certaines sont de portée plus large comme la notion de service public, et appellent à leur tour ce que l'on pourrait nommer des « sous-notions », comme — dans l'exemple choisi — la notion d'établissement public. Dans de telles hypothèses, la notion seconde reste bien sûr subordonnée à la notion principale dont elle n'est finalement qu'une application particulière (86).

Dans d'autres cas, il se trouvera que le juge ait, dans une espèce donnée, le choix entre plusieurs notions. Le juge reprend alors sa liberté et décide de se référer à l'une ou à l'autre suivant la finalité qu'il se propose (87).

L'appel à un système de notions est indispensable pour la bonne conduite du travail juridictionnel ; toutefois il ne peut y avoir là qu'un adjuvant, qu'une indication ; car la notion, par nature, reste rebelle à fournir automatiquement une solution rigoureuse au litige.

§ 4. — *Les catégories*

Recherche d'une définition et exemples. — Cela n'est pas moins vrai de l'utilisation des catégories (88).

Le juge administratif se réfère volontiers à l'existence de catégories qu'il contribue d'ailleurs à créer.

Il s'agit d'un travail de mise en ordre, conduit par une double démarche de découverte des analogies et des contraires. Point n'est besoin ici de développer longuement la signification d'une opération

(81) Cf. *infra*, Partie II.

(82) Cf. sur la souplesse et le rôle de cette notion : Charlier, *R.D.P.*, 1947, pp. 125 et s. ; et R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 246 et note 264.

(83) M. Latournerie dans l'article précité, p. 247, note 276 (*supra*, note 82), donne encore comme exemple la notion d'utilité publique.

(84) Cf. par exemple, les conclusions du commissaire du Gouvernement Letourneur, dans l'arrêt du C.E. 27 janvier 1950, Billard, *S.*, 1950, 3, p. 41.

(85) Cf. Latournerie : *E.D.C.E.*, 1960, pp. 95-96.

(86) Cf., pour d'autres exemples et pour un exposé plus large de la question, R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, p. 100.

(87) Cf. les exemples qu'en donne Bonnard, in *R.D.P.*, 1943, pp. 236 et 271, en particulier.

(88) Cf. M. Waline : « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il nier les catégories juridiques », in *Mélanges Dabin* (Paris, Sirey, 1963), pp. 359 à 371.

dont l'utilité est manifeste puisqu'elle permet « de rassembler sous une rubrique distincte celle des notions qui régissent immédiatement des situations nettement définies, quant à leur nature et quant aux effets juridiquement inclus dans les situations ou en liaison avec elles » (89).

En particulier la définition des catégories est indispensable dans le contentieux de l'excès de pouvoir, lorsque la légalité d'un acte doit s'apprécier par rapport à une condition énoncée par le législateur, mais qui reste limitée à telle catégorie d'actes. De la même façon lorsque le Conseil d'Etat est juge de cassation, il a à examiner si les faits constatés par le juge du fond ont été rangés à bon escient ou non dans telle ou telle catégorie (90). Un autre exemple de la création de catégories et de la distribution des matières à l'intérieur de celles-ci est fourni par une décision récente du Conseil d'Etat, rendue en matière de fonction publique (91).

Toutefois, comme à propos des notions dont les catégories ne sont finalement que la mise en ordre, le juge qui crée ces catégories et en fait usage « se borne le plus souvent à affirmer très librement l'existence de la catégorie en se réservant de statuer, espèce par espèce, sur ses éléments constitutifs » (92).

L'exemple, sans doute le plus typique, peut être cherché dans la distinction des diverses catégories d'établissements publics.

Conclusion de la section. — Principes qui sont comme le fondement des solutions adoptées par le juge, théories qui en sont l'explication logique, notions qui en sont comme les pôles de référence, catégories qui en sont la mise en ordre, telles sont les constructions qu'utilise le juge dans son travail juridictionnel (93). Celles-ci sont d'ailleurs d'abord son œuvre ; et le fait même qu'il en soit ainsi, en dehors de toute indication d'origine légale, en assure l'adaptation et en révèle la nécessité.

(89) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 197.

(90) On rejoint ici le problème déjà mentionné de la qualification : cf. *supra*, pp. 25 et 26.

(91) C.E. 12 décembre 1969, Association interministérielle des secrétaires administratifs d'administration centrale, *A.J.D.A.*, 1970, p. 308 et observations V. S., qui constitue une application particulière de la jurisprudence Deberles (C.E. 7 avril 1933), précisant les diverses catégories de fonctionnaires.

(92) R. Latournerie, article précité, n. 1, p. 199. Dans le même sens, D. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif*, thèse précitée, pp. 209 et s.

(93) Cf., pour des indications parfois un peu différentes, l'article fréquemment cité de R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », en particulier, pp. 207 et s. ; le savant auteur semble parfois s'orienter plutôt vers l'idée d'une hiérarchie des concepts qui « s'emboîteraient les uns à l'intérieur des autres » ; exacte, cette idée ne semble cependant pas devoir être retenue dans sa généralité ; les concepts ne sont pas, par essence, subordonnés les uns aux autres ; ils remplissent des fonctions différentes. Il peut cependant arriver — des exemples en ont été donnés — que le recours à tel ou tel concept soit, dans une espèce, subordonné à l'utilisation de tel autre.

Section III. — Les techniques juridictionnelles

Objet de la section. — Aux constructions qui viennent d'être recensées s'ajoutent ou se juxtaposent d'autres procédés que l'on peut regrouper sous l'étiquette de techniques juridictionnelles.

M. R. Perrot définit la technique juridique comme « un procédé de réalisation » formel » qui enclôt une volonté déterminée par une fin, de manière à lui permettre d'acquérir une efficacité juridique » (94), et l'auteur précise : « une technique, si abstraite soit-elle, recèle toujours une finalité virtuelle qui, précisément, est la conséquence du fait qu'elle a été créée en vue de produire un résultat utile nettement déterminé » (95). Ce qui semble essentiel à retenir de cette définition, peut-être un peu complexe, c'est le caractère purement instrumental des techniques juridictionnelles par opposition aux constructions qui se situent au niveau plus élevé de la compréhension abstraite de l'affaire.

Ce n'est pas dire que l'utilisation de ces instruments ne puisse influencer sur la décision à prendre ; simplement ce n'est pas le contenu même de cette technique qui se révélera ainsi mais uniquement le choix qu'a fait le juge de l'utiliser. Pour parler autrement, alors que la construction juridique, au sens qui lui a été donné précédemment, peut être considérée comme ayant une signification propre, les techniques qui sont à la disposition du juge doivent être considérées comme de purs instruments dénués par eux-mêmes et en dehors de l'emploi qui en est fait dans chaque espèce, de toute espèce de valeur.

Comme le dit excellemment M. Roger Perrot : « le trait dominant de la technique est donc son caractère formel et, en quelque sorte, rigide » (96).

Recensement partiel des techniques. — Les techniques sont bien connues et nombreuses : on citera par exemple l'utilisation de présomptions, de fictions, la référence à des « standards jurisprudentiels », enfin le choix parfois d'un certain formalisme.

On remarque tout de suite que l'examen de ces diverses techniques pourra être mené plus aisément et plus rapidement que celui des constructions juridiques ; ne serait-ce que parce que ne se pose à leur sujet aucun problème particulier de définition (97).

(94) R. Perrot : « De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques », *Thèse*, Paris, 1947 (Paris, Sirey, 1953), 208 p., p. 16.

(95) R. Perrot, *op. cit.*, note 1, p. 15.

(96) R. Perrot, *op. cit.*, note 1, p. 12.

(97) R. Perrot, dans sa thèse précitée, distingue ce qu'il appelle « les techniques initiales » des « techniques intégrées » ; le critère de distinction semble être celui de l'incorporation (de l'intégration) ou non du procédé technique dans une disposition d'origine légale. La distinction ne présente pas, à notre avis, grand intérêt en droit public où la découverte et l'utilisation d'une technique précède, en général, sa consécration légale, ou, le plus souvent, se développe dans l'indifférence de la loi.

§ 1^{er}. — *Le formalisme*

Utilisation par le juge. — Du formalisme il y a peu à dire. Sans doute a-t-on raison d'écrire que « le formalisme juridique... n'est pas un monopole des législations archaïques qui serait fatalement destiné à disparaître avec le progrès de la civilisation... ; s'il a pu varier dans ses manifestations, il semble en lui-même, devoir compter toujours parmi les instruments indispensables d'une bonne technique juridique » (98).

Toutefois la tendance du juge administratif n'est pas en général d'accorder une attention excessive au formalisme juridique (99). On pourrait cependant en donner des exemples en matière de procédure, en particulier.

Ainsi la jurisprudence dite « du premier dénommé » (100) ; il est clair que sur ce point le juge administratif a fait appel à une technique purement instrumentale en choisissant un formalisme rigoureux qui le conduit à ne porter attention qu'au premier requérant nommé dans la requête, au cas où celle-ci est le fait de plusieurs personnes.

De la même façon, dans un domaine différent, le Conseil d'Etat considère comme de nul effet les conclusions opposant la déchéance quadriennale à une demande d'indemnité formée contre le département lorsque celles-ci sont signées par le seul avocat du département et non par le préfet ou un fonctionnaire ayant reçu délégation à cet effet (101).

De façon plus générale, on mentionnera la permanence de règles propres aux différents contentieux, qui conduit en particulier le juge à exclure les demandes incidentes ou les demandes reconventionnelles en matière de recours pour excès de pouvoir ; le formalisme du contentieux administratif impose dans de telles hypothèses la pluralité de décisions juridictionnelles pour la solution d'un seul litige.

§ 2. — *La fiction*

Rapports entre fiction et présomption. — Le recours à la technique de la fiction est également bien connu des juristes de toutes

(98) Fr. Gény : *Sciences et technique en droit privé positif*. Paris, Sirey, 1914, 1924, 4 vol. in-8°, vol. III, n° 206, p. 121, seconde édition (1925).

(99) L'action du juge judiciaire, plus timide, semble cependant s'être exercée dans le même sens ; telle est du moins l'opinion de M. Flour : « La jurisprudence a parfois détruit, souvent atténué les règles légales qui écartaient le consensualisme ». J. Flour : « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in *Etudes offertes à G. Ripert*, op. cit., t. I, p. 105.

(100) Cf. sur ce point, C.E. 6 juillet 1949, *Weltzer, Leb.*, p. 333 ; C.E. 30 juin 1950, *Delmas, Leb.*, p. 404, concl. Delvolvé, ou de façon générale, Auby et Drago : « Traité du contentieux », op. cit., t. II, pp. 526 et s.

(101) Cf. C.E. 29 juin 1949, *Dame Legrand, Leb.*, p. 309 ; ou C.E. 23 juin 1950, *Dép. de la Seine c. Consorts Dantier et autres*, n° 74-756. Il est vrai que cette règle sévère est tempérée par celle qui admet que la déchéance quadriennale peut être opposée à la demande à tout moment de la procédure et même pour la première fois en appel, sauf pour la personne publique qui l'invoque avec retard à être condamnée aux dépens (cf. l'arrêt de principe, C.E. 24 mai 1938, *Consorts Bruelle, Leb.*, p. 460).

disciplines (102). On sait l'aide qu'il peut apporter mais aussi les dangers évidents qu'il comporte, principalement celui de constituer un écran entre la réalité soumise au juge et le raisonnement auquel se livre celui-ci.

Du procédé de la fiction on rapprochera le mécanisme de la présomption ; en effet ainsi que l'avait remarqué très pertinemment le Doyen Gény des relations très étroites établissent souvent un pont entre le domaine des présomptions et celui des fictions (103) : « le procédé de la présomption s'offre alors comme le manteau qui couvre le procédé de la fiction d'un voile pudique » (104).

Dans les deux cas l'artifice consiste à interpréter la réalité, à « faire comme si... », pour que le raisonnement, conduit sur ces bases nouvelles, puisse déboucher sur une solution raisonnable. Ainsi la valeur de cette technique sera appréciée aux résultats qu'elle est susceptible de produire ; elle n'est qu'un instrument, et pour cette raison n'a aucune valeur par elle-même, en dehors des solutions auxquelles elle peut conduire (105).

Le mécanisme de la fiction et son emploi par le juge. — La fiction s'analyse en un dépassement volontaire du champ normal de l'analogie par — suivant le mot de M. Latournerie — « une sorte de petit coup d'Etat juridique », perpétré délibérément sans souci, ou avec un souci médiocre d'une relation quelconque avec les faits (106).

Ainsi l'utilisation d'une fiction comporte-t-elle une part irréductible d'arbitraire, dont le juge doit être conscient lorsqu'il y a recours.

Et pourtant le juge administratif ne répugne pas à faire un emploi assez large de cette technique. L'exemple qui vient tout de suite à l'esprit est celui de la théorie des fonctionnaires de fait, qui est tout entière dominée par le jeu d'une fiction ; à chaque problème posé en ce domaine, le juge examinera le litige en faisant « comme si... » l'individu concerné qui, par définition, n'est pas agent public, l'était en réalité (107).

La part de la fiction n'est pas moins grande, même si elle est moins apparente dans les rares espèces qui consacrent la respon-

(102) Cf. P. Hébraud : « Rapport introductif au 5^e colloque des Instituts d'Etudes judiciaires » (1967), Paris, P.U.F., 1969, p. 26. *La logique judiciaire*.

(103) Cf. Gény : « Science et technique en droit privé positif », *op. cit.*, t. III, pp. 299 et s.

(104) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 223.

(105) Cf., pour l'étude de la présomption, *infra*, § 3.

(106) R. Latournerie dans l'article précité, p. 224.

(107) Cf., par exemple, C.E. 29 novembre 1950, ville de Lillebonne, *D.*, 1951, somm. p. 72, d'après lequel les réquisitions opérées par des fonctionnaires de fait sont des actes administratifs. Sur la question en général, voir M. Waline : « Droit administratif », *op. cit.*, n° 1171. De la même façon, la jurisprudence garde sa place qui considère comme contrats administratifs les marchés portant sur des travaux publics et conclus par des personnes privées agissant pour le compte de collectivités publiques ; ainsi, C.E. 2 février 1940, Ministre de l'Education nationale, *Leb.*, p. 44 ; C.E. 2 juin 1961, Leduc, *A.J.D.A.*, 1961, p. 345, concl. Braibant. D'ailleurs, le célèbre arrêt C.E. 20 décembre 1961, Société de l'Autoroute Estérel-Cote-d'Azur, *A.J.D.A.*, 1962, p. 288 et id. loc. chr., Galabert et Gentot, p. 287, pourrait être rattaché à cette jurisprudence, si l'on veut bien remarquer qu'il envisage expressément dans sa motivation l'hypothèse du mandat pour l'écarter finalement.

sabilité de l'Etat du fait de l'exercice de la fonction législative ; là encore, le juge, pour étayer la solution qu'il adopte, tranche « comme si » le législateur avait prévu une indemnisation (108).

De cet exemple on peut rapprocher celui des actes détachables ; dans certaines hypothèses, le juge administratif distingue un acte administratif unilatéral, baptisé acte préparatoire, d'un contrat de droit privé ou de droit public qui lui succède, alors qu'en réalité il n'y a qu'un instrument juridique unique. Cette remarque prend plus de poids encore si l'on veut bien se souvenir que la tendance de la jurisprudence est de n'admettre le recours contre un acte préparatoire que lorsque l'acte principal est intervenu : ainsi, en matière de marchés de travaux, la jurisprudence considère bien comme un acte détachable du contrat la décision d'adjudication (109), mais ne paraît pas admettre le recours immédiat contre les actes préparatoires à l'adjudication : il faut attendre celle-ci pour pouvoir agir (110). C'est admettre implicitement que seule une fiction permet de qualifier d'acte juridique, un acte qui, isolé, est dépourvu de toute conséquence juridique.

Enfin c'est cette même technique de la fiction qui est mise en œuvre lorsque, en matière de responsabilité des fonctionnaires, le juge considère qu'il y a faute de service en même temps que faute personnelle, et emploie cette expression, alors que la faute commise est indiscutablement unique (111).

Au demeurant si la plupart de ces fictions trouvent leur origine et leur consécration dans la jurisprudence, on ne doit pas oublier que la loi en use parfois : la théorie du mandat, telle qu'elle est comprise en droit public n'est rien d'autre en dernière analyse que l'exercice d'une fiction légale ; les tiers sont ainsi prévenus que, face à tel acte du mandataire, agissant bien sûr dans le cadre de son mandat, ils sont en droit de faire « comme si » l'acte émanait directement du mandant ; sans doute le mécanisme est-il par nécessité perfectionné de quelques règles complémentaires ; il reste qu'essentiellement il exprime l'exercice d'une fiction légale (112).

(108) Ainsi s'explique la condition classique mise par le Conseil d'Etat à la reconnaissance d'une responsabilité du fait des lois, du silence de la loi sur le principe d'indemnisation ; dans le cas contraire, en effet, le juge ne pourrait prétendre, par fiction, trancher à la place du législateur, puisque alors celui-ci se serait fait entendre ; sur l'ensemble de la question, voir en particulier Morange, *D.*, 1962, chr., p. 163.

(109) Ceci permet aux candidats irrégulièrement évincés, et donc non parties au contrat, d'attaquer, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'acte d'adjudication.

(110) A. le Laubadère, *Les contrats administratifs*, t. III, p. 336 et la jurisprudence citée.

(111) Cf. l'arrêt C.E. 13 juin 1958, Dame Polin, *D.*, 1958, p. 587, concl. Braibant ; commentant cette décision, M. Odent parle lui-même de la « fiction » nécessaire, à laquelle le juge a eu recours ; R. Odent : « Contentieux administratif », *op. cit.*, t. III, p. 728.

(112) Sur le mécanisme du mandat analysé comme la mise en œuvre d'une fiction légale, voir, par exemple, C.E. 31 octobre 1952, S.N.C.F., c. Marlin, *Leb.*, p. 482, qui examine la représentation en justice de la S.N.C.F. par le Ministre des Travaux publics.

§ 3. — La présomption

Origine et caractères. — La présomption n'est pas, on l'a dit, d'une nature foncièrement différente de la fiction (113) ; « il n'existe guère entre les deux procédés qu'une différence de degré » (114).

La présomption se ramène ainsi à une fiction conditionnelle ; elle cède lorsque les conditions qui l'accompagnent ne sont pas réunies.

En droit public, la majeure partie des présomptions trouvent leur source dans la loi (115) ; ainsi, en matière de procédure contentieuse, l'article 51 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 attache au silence gardé par une administration pendant un certain délai sur une réclamation les conséquences d'une décision de rejet. Ainsi encore, toujours dans le même domaine, l'article 56 du même texte fait présumer le désistement ou l'acquiescement de la partie qui régulièrement mise en demeure de produire, est restée silencieuse au-delà d'un délai fixé par le juge (116).

En dehors du domaine procédural, c'est d'une présomption de même ordre que la loi fait découler le principe de la responsabilité décennale des architectes et des entrepreneurs, tiré des articles 1792 et 2270 du Code civil (117).

Emploi par le juge. — Mais, dans d'autres cas, c'est le juge lui-même, en dehors de toute invite de la loi, qui a recours à la technique de la présomption pour conduire à sa solution le litige qu'on lui soumet (118).

Ainsi la plupart des litiges qui font suite à des accidents d'automobile sont-ils réglés par le juge par l'utilisation de présomptions ; de façon générale, dans de telles espèces, les données de fait sont par elles-mêmes trop mal connues et trop controversées pour pouvoir, à l'état brut, servir de point de départ à l'examen du juge (119) ; les faits doivent être auparavant mis en ordre et, si l'on

(113) On peut se référer sur ce point à l'étude faite, d'un point de vue un peu différent, par Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation* (2^e éd., Bruxelles, Ed. de l'Institut de sociologie, 1970), pp. 93 et s.

(114) Cf. Fr. Gény : « Science et technique en droit privé positif », *op. cit.*, t. III, p. 261.

(115) Cf. M. Waline, *R.D.P.*, 1948, pp. 576 et s.

(116) Exemples donnés par M. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 222. Cette règle avait d'ailleurs été posée antérieurement par la jurisprudence (C.E. 22 juillet 1936, *Forges, Leb.*, p. 833) avant d'être pour la première fois introduite dans le droit écrit par la loi du 18 décembre 1940 dont les dispositions ont été reprises par l'article 56 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

(117) Cf., par exemple, C.E. 13 juin 1945, *Anglans, Leb.*, p. 122, ou C.E. 7 décembre 1951, *Société Leinekugel-le-Coq*, n° 98-704.

(118) Cf. sur l'utilisation de présomptions par le juge administratif, R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, pp. 133 et 134.

(119) La remarque a souvent été faite que, dans nombre de cas, personne ne peut avoir, d'un accident d'automobile, une perception objective ; de deux témoins également impartiaux, les dépositions divergeront fréquemment. La question se trouve encore compliquée du fait que ce sont le plus souvent les Compagnies d'assurances qui seront parties au litige (même si le recours n'est pas introduit en leur nom), lesquelles, par définition, n'ont pas une connaissance directe de l'accident.

peut dire, hiérarchisés ; c'est à ce niveau que le procédé de la présomption trouve son utilité (120).

Toute la théorie dite du « défaut d'entretien normal » de l'ouvrage public repose sur une série de présomptions. La principale tient en ce que lorsqu'un accident s'est produit par le fait d'un ouvrage public, l'administration est présumée responsable, sauf à démontrer l'entretien normal de l'ouvrage (121) ; la survenance même du dommage fait ainsi présumer le défaut d'entretien normal de l'ouvrage (122). Par le jeu de cette présomption, le Conseil d'Etat tend à substituer ainsi, discrètement, un système de responsabilité qui repose sur le risque à un système de responsabilité pour faute (123).

Autour de cette présomption principale s'articulent une série de présomptions annexes, telle, par exemple, celle qui fait présumer l'entretien normal d'un arbre du domaine public par son absence de lésion externe (124).

La technique de la présomption a ainsi pour effet de mettre un terme, une fois pour toutes et antérieurement à chaque espèce particulière, aux discussions qui, sans cela, ne manqueraient pas de se développer autour des données de fait difficiles à appréhender.

Le contenu de ces présomptions correspond en général à une appréciation de bons sens ; mais il ne faut pas se dissimuler que la technique conserve en elle-même une part irréductible de fiction : lorsqu'un arbre ne présente aucune lésion, le juge tranchera « comme si » cet arbre était en parfait état ; or cela peut ne pas correspondre dans tous les cas à la réalité (125).

Un exemple de même ordre peut être relevé dans le mécanisme de la théorie dite « de la connaissance acquise » ; on le sait, celle-ci permet de considérer qu'en l'absence d'une publicité régulière, le délai de recours peut commencer à courir, s'il s'est avéré d'une manière quelconque que l'intéressé avait connaissance de l'acte ; dans la première moitié du XIX^e siècle, la jurisprudence faisait une large application de cette théorie, et considérait en particulier comme équivalant à la notification tout élément de nature à faire présumer la connaissance de l'acte par le requérant (126) ; toutefois aujourd'hui l'attitude du juge s'est quelque peu modifiée, et il réserve l'utilisation de la théorie de la connaissance acquise aux

(120) Cf. M. Waline, *R.D.P.*, 1958, pp. 576 et s.

(121) ... ou encore la force majeure ou la faute de la victime.

(122) Cf. C.E. 7 octobre 1960, Etablissements Jullien, *A.J.D.A.*, 1961, I, 371 ; de là l'idée, que défendent certains, de faire figurer globalement la responsabilité du fait des choses parmi les postes de la responsabilité pour risque ; voir sur l'ensemble de la question, A. de Laubadère : « Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français », *E.D.C.E.*, 1960, pp. 29 et s.

(123) Cf. note 122.

(124) Cf. Benoît : « La réparation des accidents causés par la chute des arbres situés sur l'accotement des voies publiques », *R.P.D.A.*, 1956, chr., p. 163. Virole, *La responsabilité du propriétaire en cas de dommage causé à une ligne électrique par la chute d'un arbre*, Ch. jur. Elec. Gaz, 1954, I.

(125) Cf., par exemple, *a contrario*, C.E. 14 mars 1969, ville de Perpignan, *A.J.D.A.*, 1969, p. 711.

(126) Cf. comme particulièrement significatives, les pages qu'y consacre Dufour, *Droit administratif*, 2^e éd., t. II, p. 332 ; ou, plus récemment, la note d'Hauriou au S., 1910, 3, p. 33, sous C.E. 26 juin 1908, Requin.

hypothèses où la connaissance de l'acte par le requérant équivalait à une quasi-certitude.

La richesse de telles techniques n'est plus à mettre en cause, non plus que leur caractère nécessaire à l'harmonie et à la clarté des décisions ; pourtant le juge doit rester conscient, lorsqu'il les utilise, que, par le jeu de la fiction, il risque parfois de blesser les faits ; alors que la décision de justice est d'abord une réponse donnée à un litige qui s'exprime en fait.

§ 4. — *Les « standards » jurisprudentiels*

La technique des « standards ». — C'est à des considérations qui ne sont pas foncièrement différentes que répond l'utilisation de la technique dite des « standards ». Ceux-ci définissent comme des pôles de référence construits autour d'un comportement moyen, de l'attitude qui serait celle d'un individu moyen, qui par définition n'est personne mais un peu chacun (127).

De ces standards il faut bien comprendre qu'ils peuvent être de la plus grande utilité pour le juge puisqu'ils lui permettent d'établir une sorte d'échelle des comportements et de préciser ainsi, de façon générale et antécédente à chaque espèce, la limite du permis et du fautif. Toutefois ce manichéisme n'est pas aussi élémentaire qu'il peut y paraître. L'échelon médian, celui qui fixe le comportement moyen auquel se réfère le juge, a sans doute toujours le même aspect, mais rien n'assure qu'il soit toujours situé à la même hauteur ; l'expression qui correspond au standard retenu par le juge est toujours la même, mais elle peut changer de contenu : le « bon père de famille » d'aujourd'hui ne reconnaîtrait pas toujours son aïeul d'il y a 150 ans ; ou, pour choisir un exemple qui concerne aussi le droit public, les « inconvénients normaux du voisinage » ne sont pas toujours appréciés de la même façon (128) ; pourtant l'expression reste la même.

Ainsi est mis en lumière le danger fondamental que comporte l'utilisation de la technique du « standard » : celui de donner l'apparence de l'objectivité pour ne traduire en fait que les préférences de celui qui s'y réfère ; il y a longtemps qu'on a fait remarquer que l'habit ne faisait pas le moine...

Emploi par le juge. — Reste à examiner l'emploi qui est fait par le juge administratif de ce procédé.

M. Latournerie tranche la question rapidement : « la notion de standard paraît étrangère à notre droit public » (129).

Qu'il soit permis de s'étonner. De façon générale d'abord, on comprendrait mal pourquoi le juge administratif aurait délibéré-

(127) L'exemple classique est donné en droit civil par la référence au « bon père de famille ».

(128) Cf. encore, dans un domaine différent, les conclusions du commissaire du Gouvernement Bertrand : « L'existence d'un défaut d'entretien normal est au surplus fonction des circonstances. » sur C.E. 23 juin 1967, Société Dieppedalle-Leprevest, *A.J.D.A.*, 1967, II, p. 616.

(129) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 201.

ment choisi de se priver d'une technique dont l'utilité n'est pas niable, et qui, surtout, correspond à la démarche la plus élémentaire de l'esprit qui, pour apprécier telle attitude qu'on lui soumet, a naturellement tendance à comparer avec ce qui lui paraît être le comportement commun.

Surtout cette affirmation semble bien démentie par la réalité ; il est possible de recenser en droit public nombre de standards (130) ; certains ont leur origine dans la loi ; ainsi l'article 2 du décret du 23 mai 1951 portant Code des pensions prévoit que l'administration peut elle-même dans certains cas prononcer la mise à la retraite d'un fonctionnaire si ceci est justifié par « l'intérêt du service ».

D'autres plus nombreux sont le fait de la jurisprudence. Ces derniers se réfèrent en général dans leur formulation même à la notion de « normalité » ; ainsi la référence aux « inconvénients normaux du voisinage » (131), à l'« entretien normal de l'ouvrage public », ou encore dans l'appréciation de la force majeure, le caractère « normalement prévisible » de la circonstance invoquée.

On pourrait encore mentionner ici l'expression de biens « non susceptibles de propriété privée par leur nature » qui a longtemps été à la base des idées relatives au critère du domaine public (132) ; là encore, au-delà de l'apparence d'une règle objective, c'est finalement au juge qu'il appartient, dans chaque espèce, de préciser quel type de biens sont ainsi insusceptibles de propriété privée.

A la limite — et au risque de passer pour hérétique aux yeux de beaucoup — on aurait tendance à citer ici, en dernier exemple, la référence à la présence de « clauses exorbitantes du droit commun » comme critère de détermination du caractère administratif des contrats ; l'analyse attentive à laquelle s'est livré M. Vedel (133) a révélé que rien n'était plus incertain que le contenu exact de cette notion, dont finalement le juge restait le maître en lui assignant dans chaque espèce la portée qu'il choisissait (134).

Des remarques analogues pourraient être faites à propos de l'expression de « prérogatives de puissance publique » (135).

Il semble finalement conforme à la réalité d'écrire que le juge administratif compte au nombre des méthodes juridictionnelles qui sont les siennes l'utilisation de standards qu'en général il a lui-même forgés et qui lui servent de termes de référence lorsqu'il se livre à l'examen d'une espèce particulière.

(130) Cf. les exemples que donne J. Fournier, *E.D.C.E.*, 1957, p. 165.

(131) Cf., par exemple, C.E. 24 juillet 1931, commune de Vic-Fezensac, *D.*, 1931, 3, p. 51, note P.-J., aux termes duquel les dommages de travaux publics causés à des tiers engagent la responsabilité de l'Administration, lorsqu'ils excèdent « les inconvénients normaux du voisinage ».

(132) Cf. surtout Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7^e éd. (Paris, 1897-1905), t. IV, p. 95.

(133) Cf. G. Vedel : « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *L'évolution du droit public*, Paris, 1956, pp. 527 et s.

(134) MM. Auby et Drago parlent de la même façon à ce sujet « des formules assez peu précises de la jurisprudence ». Auby et Drago : « Contentieux administratif », *op. cit.*, t. I, n° 352.

(135) Cf. G. Vedel : « Droit administratif » (Paris, *P.U.F.*, 1968), pp. 18 et s.

Conclusion du chapitre. — Tels sont les concepts dont le juge dispose lorsqu'il se livre à l'examen d'un dossier. De ces concepts, on l'a montré, la plupart lui doivent d'ailleurs l'existence, car c'est lui qui veille à les dégager, à les préciser, à les écarter lorsqu'il y a lieu, au fil des décisions qu'il rend.

Mais ce premier examen donne de l'attitude du juge administratif une idée bien statique. Il faut compléter cette première analyse. C'est qu'en effet entre les données de fait du litige qui lui est soumis et le matériel conceptuel dont il dispose le juge doit faire le lien : c'est toute la question des modes de raisonnement utilisés par le juge dans le cadre de ses méthodes juridictionnelles.

CHAPITRE II

L'UTILISATION DE MODES DE RAISONNEMENTS

Difficultés de la recherche sur ce point. — Plus encore que les concepts, les modes de raisonnement qu'utilise le juge administratif dans la conduite de son travail juridictionnel sont difficiles à connaître. Laferrière nous en avertit : « le Conseil d'Etat, à la différence de la Cour de Cassation, n'a pas l'habitude d'exposer, dans ses arrêts, toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions » ; cependant l'auteur nous rassure immédiatement en ajoutant que « ces déductions n'en existent pas moins » (1). Il faut, comme les enfants du laboureur de La Fontaine, partir à la recherche du trésor, certains qu'il existe, mais certains aussi qu'il est bien caché.

Instruments de la recherche sur ce point. — Car qu'on ne s'y trompe pas : sans doute la lecture et l'examen attentif des décisions que rend le juge sont-ils des guides indispensables dans la découverte des modes de raisonnement qu'utilise celui-ci ; mais ses décisions ne sont pas des confessions ; elles n'ont pas pour objet de révéler les états d'âme successifs du juge, mais bien de trancher un litige et de convaincre du bien-fondé de la solution adoptée.

L'étude de la structure et du contenu des décisions est donc un problème différent de celui qui nous occupe en ce moment, même s'ils ne sont pas sans rapports (2) ; au demeurant, la phase d'examen du litige, par la référence à certains concepts et le jeu de certains types de raisonnement, précède matériellement le moment de la construction de la décision par le juge.

Objet de l'étude. — Il s'agit ici de recenser les modes de raisonnement qu'utilise le juge administratif, de les expliciter, et — si cela est possible — d'expliquer comment, dans chaque espèce particulière, le choix s'effectue entre eux.

Préalablement la question doit être posée de savoir si le juge dispose d'une totale latitude dans le choix et l'utilisation de ces modes de raisonnement, ou si le législateur est intervenu pour lui imposer en ce domaine le respect d'une démarche définie a priori.

(1) Laferrière : « Traité de la juridiction administrative », *op. cit.*

(2) Cet examen fera l'objet du titre II de cette partie.

La réponse ne fait pas de doute ; quoique la question ait été parfois agitée (3), le législateur français a toujours eu la sagesse de ne pas chercher à imposer au juge à l'avance et une fois pour toutes l'adoption de tel ou tel mode de raisonnement ; une réglementation en ce domaine n'aurait guère de sens. Au plus le législateur cherche-t-il parfois à fixer l'attitude du juge face aux diverses sources du droit (4) ; mais alors l'objectif n'est pas le même : il s'agit de déterminer par voie législative une sorte de hiérarchie des sources du droit qui — théoriquement — s'imposera au juge ; cependant face à l'une ou l'autre de ces sources de droit, le juge conserve la maîtrise de son mode de raisonnement. « La nécessité veut qu'on laisse au juge à décider si la chose s'est produite ou ne s'est pas produite ; si elle sera possible ou impossible ; si elle a ou n'a pas le caractère prétendu ; car il se peut que le législateur prévoie ces choses » (5).

La loi n'impose pas au juge administratif l'adoption d'un mode de raisonnement défini.

Le raisonnement du juge est-il particulier lorsqu'il a à appliquer une loi ? — Le raisonnement exégétique. — Reste encore à savoir si, dans l'adoption de tel ou tel mode de raisonnement, le juge n'est pas attentif à la source de droit en présence de laquelle il se trouve. Autrement dit, et pour simplifier la question en la particularisant, le raisonnement du juge lorsqu'il se trouve face à une disposition de la loi écrite n'est-il pas d'une nature particulière ?

Là encore il semble bien que la réponse doive être négative : s'il y a bien en droit administratif une place pour l'exégèse largement entendue, on ne saurait voir là une méthode de raisonnement originale.

De l'exégèse en droit administratif, l'habitude est d'admettre qu'il y a fort peu à dire. Certains ont même résolu le problème très simplement, en affirmant qu'il n'existait pas : la méthode exégétique serait ainsi inconnue du juge administratif (6).

(3) Par exemple : projet de Code civil français de la Commission de l'an VIII, livre préliminaire, titre V, art. 1, 2, 4, al. 8, 10, etc. dans Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil français* (Paris, Videcoq, 1836, 15 vol. in-8°), t. II, pp. 6-8, n. 2. Pour des exemples dans les législations étrangères, voir Fr. Génv : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, t. I, p. 223. Sur la question de la force obligatoire de tels textes, on se reportera au même auteur, *op. cit.*, pp. 225 et s.

(4) Cf., par exemple, l'article 1^{er} du Code civil suisse de 1907 (mis en vigueur le 1^{er} janvier 1912) : « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une législation applicable, le juge prononce selon le droit coutumier ; à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

(5) Aristote, *Rhétorique I* (I), 1354 b.

(6) En ce sens, A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du Gouvernement durant la seconde moitié du XIX^e siècle », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 299. Berthélémy avait déjà parlé de « l'exclusion de toute méthode exégétique », en laquelle il voyait un avantage, mais il visait « l'étude du droit administratif » et non l'examen des méthodes de raisonnement du juge ; Berthélémy : « La méthode applicable à l'étude du droit administratif », in *Les méthodes juridiques* (Paris, Giard et Brière, in-8°, 1910, 230 p.), p. 69.

Et pourtant en réalité le juge administratif se consacre plus fréquemment qu'on ne le pense à l'examen minutieux d'un texte (7) pour y trouver la solution qu'il cherche.

L'apparente contradiction s'explique à partir du moment où l'on distingue entre la législation administrative dans son entier (8) et telle disposition particulière des textes (9). Le raisonnement du juge administratif n'est jamais « a priori » exégétique ; la législation administrative ne lui paraît pas la source unique d'où, par un raisonnement convenable, peuvent sourdre toutes les solutions particulières. Il reste que, lorsque dans une espèce, un texte existe qui semble gouverner la question, la démarche première du juge sera de se reporter à ce texte pour en comprendre la lettre et en pénétrer l'esprit : l'exégèse commandera la solution qu'il adoptera finalement (10).

Il est donc conforme à la réalité de ne pas présenter la méthode exégétique comme un mode de raisonnement unique pour le juge administratif : une « Ecole de l'exégèse » n'aurait aucun sens en droit administratif (11). Il reste que fréquemment le juge administratif a à se livrer à l'exégèse d'un texte, à faire, comme l'écrit François Géný, « le simple diagnostic de la volonté du législateur » (12).

Tout se ramène ainsi à une question de définition. Si par méthode exégétique, on entend appel exclusif et dans toutes les hypothèses à la lettre des textes dans leur ensemble, la méthode exégétique n'existe pas en droit administratif, à supposer qu'elle ait pu avoir sa place dans d'autres branches du droit ; en revanche, si l'exégèse est simplement, dans un cas particulier, l'analyse minutieuse et complète de telle disposition particulière de la loi écrite, alors il est bien exact d'écrire que le juge administratif a parfois recours à l'exégèse.

Mais alors, dans cette seconde acception, l'exégèse s'analyse du point de vue du mode de raisonnement mis en œuvre en un

(7) Cf., par exemple, un très intéressant jugement du T.A. de Versailles, 15 avril 1970, Conseil central de l'Ordre des pharmaciens, c. Ministère de la Santé publique et Docteur Grosdhomme, non publié à ce jour, où le juge s'est livré à l'exégèse d'un décret du 23 juillet 1963, sur le recrutement des biologistes dans les hôpitaux, et a trouvé dans une disposition particulière de ce texte, la solution du litige qui lui était soumis, alors que les parties n'avaient pas, dans leurs mémoires respectifs, invoqué cette disposition.

(8) Sur les caractères particuliers de la législation administrative, cf. aussi, *infra*, seconde partie.

(9) La question de savoir si le juge administratif écarte parfois telle disposition ayant valeur de loi, parce qu'elle serait, par exemple, en contradiction avec tel principe général du droit, n'a pas sa place ici : elle concerne, en effet, non pas le mode de raisonnement du juge, mais bien, avant tout, la hiérarchie des sources du droit administratif. Cette question sera donc examinée dans la seconde partie (cf. *infra*).

(10) Cf. R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 255.

(11) Aussi bien l'école de l'exégèse ne se caractérisait-elle pas seulement, ni sans doute d'abord, par l'adoption d'un mode unique de raisonnement ; à sa base on trouve d'abord certains postulats comme celui de « la plénitude logiquement nécessaire du droit écrit », certaines conditions comme l'existence d'une codification, cf. en ce sens, Stuart Mill, *Système de logique*, trad. Peisse (Paris, 1866), t. II, p. 550.

(12) Fr. Géný : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, t. I, p. 42.

simple syllogisme, dont la seule particularité est que la majeure en est constituée par une disposition de la loi.

En aucune façon il n'y a là un mode de raisonnement original.

Plan du chapitre. — De ces modes de raisonnement du juge administratif il faut chercher les références dans les catégories de la logique formelle : ainsi une place doit-elle être faite au raisonnement syllogistique (13) (Section I) ; avant d'examiner d'autres modes de raisonnements logiques utilisés par le juge (Section II) ; enfin une place devra être faite aux raisonnements extra-logiques auxquels le juge a recours ; c'est alors la considération du but à atteindre qui est dominante : en ce sens, on parlera de « raisonnements finalistes » (Section III).

Mais qu'on y prenne garde ; il n'y a pas là une triple alternative : le juge n'utilise pas l'un ou l'autre de ces types de raisonnements dans chaque espèce ; c'est cumulativement qu'il les emploie. Et seule la clarté de l'exposition conduit à les étudier successivement.

Section I. — Le raisonnement syllogistique

La difficulté : la construction du syllogisme. — Du raisonnement syllogistique employé dans le domaine judiciaire on a tant écrit qu'on hésite à en parler à nouveau. Récemment encore l'utilisation élargie des procédés électroniques a relancé la discussion (14).

Cependant le raisonnement syllogistique n'est pas cette mathématique simpliste, séduisante par sa rigueur, qu'on a parfois présentée. Car il ne faut pas oublier qu'un syllogisme avant de se résoudre, se construit ; et le raisonnement syllogistique inclut ces deux opérations.

Sans doute la résolution du syllogisme, le rapprochement de la mineure et de la majeure pour aboutir à la conclusion qu'elles comportent, opération bien connue, et dont le juge, ni même le juriste, n'a le monopole, peut-elle être présentée comme une opération automatique. Pour cette raison — et aussi parce que ce moment du

(13) Le raisonnement syllogistique doit être bien distingué du syllogisme de construction, c'est-à-dire de celui qui, parfois, constitue l'ossature logique de la décision juridictionnelle : rarement le second reproduit-il exactement et complètement le premier ; ils n'ont d'ailleurs pas le même rôle. Cf. sur ce point, *infra*, titre II, chapitre I, section III.

(14) Il semble bien qu'en matière juridique, l'avenir, et déjà modestement le présent, fassent appel à la capacité de mémoire des ordinateurs, en dépit des difficultés et du coût élevé de l'opération d'entrée des données ; en revanche, la capacité de calcul de l'ordinateur — la résolution d'un syllogisme, par exemple — ne semble pas devoir être utilisé d'ici longtemps en matière juridique ; car la tâche juridictionnelle ne se ramène pas à un simple jeu de logique formelle, non plus dans le choix des prémisses que dans la conduite du raisonnement. Comme l'écrit excellemment P. Hébraud : « Le droit ne se propose pas la recherche de la vérité dans la connaissance, mais celle de la justice dans l'action. » P. Hébraud : « Rapport introductif au 5^e colloque des Instituts d'Etudes judiciaires », publié sous le titre, *La logique judiciaire* (Paris, P.U.F., 1969), p. 25. Cependant, pour un jugement nuancé, qui réserve la part de l'imprévisible, cf. Ph. Souleau : « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, *op. cit.*, pp. 66 et 67.

raisonnement syllogistique est souvent présenté et disséqué (15) — on doit principalement centrer l'attention sur ce qui prête à difficulté : la construction du syllogisme (16).

Car finalement, comme on a pu l'écrire très pertinemment : « on ne retrouve dans ses conclusions (celles du syllogisme) que ce que l'on a mis dans ses prémisses » (17) ; c'est donc cette première phase, celle de la construction de la mineure, et celle de la découverte de la majeure qui constitueront les temps forts, les moments vraiment créateurs du raisonnement syllogistique ; ceux aussi où s'exerce le libre choix du juge. Le raisonnement syllogistique est ainsi en premier lieu la consécration d'une sphère d'autonomie laissée au juge.

L'examen de la construction du syllogisme (§ 1) devra être complété par quelques indications sur l'utilisation de syllogismes complexes (§ 2).

§ 1^{er}. — *La construction du syllogisme de raisonnement*

La recherche de la majeure. — Si l'on s'attache d'abord à la découverte et à la mise en place de la majeure par le juge, les difficultés ne manquent pas.

En premier lieu l'attribution à une règle de la qualité de majeure suppose logiquement sa « primitivité » (18), c'est-à-dire qu'elle existe antérieurement au litige ; or, a-t-on fait remarquer, cette condition n'est pas satisfaite en droit public où le juge crée précisément la règle qu'il applique (19). La remarque ne manque pas de vigueur ; toutefois elle n'est pas de portée générale ; lorsqu'en effet une règle, quelle que soit son origine atteint au niveau de règle jurisprudentielle, elle acquiert par là-même en fait une autorité propre, et, d'autre part, une antériorité au litige, puisqu'elle est formulée et connue du juge avant que ce litige lui soit soumis. Enfin, c'est parfois à une disposition de la loi que le juge fait appel pour constituer la majeure du syllogisme : la « primitivité » de la règle ne saurait alors être discutée.

Une autre question ne peut être éludée : comment le juge choisit-il la majeure qui dictera son raisonnement. Nécessairement à partir des données de fait de l'espèce qui lui indiquent d'une part le

(15) Cf. en particulier sur la structure syntaxique du syllogisme, G. Kalinovski : « Le syllogisme d'application du droit », in *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 273 et s. Il faut cependant souligner sur tous ces points l'orientation très originale de l'école Kelsenienne.

(16) « Les difficultés ne résident pas, pour le juriste, dans le maniement du syllogisme, mais dans l'établissement de ses prémisses. » P. Hébraud : « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, op. cit., p. 32 ; cf. aussi, Foriers : « L'état des recherches de logique juridique en Belgique », in *Ann. Fac. droit de Toulouse* (fasc. 1), 1967, spécialement p. 109.

(17) Ph. Souleau : « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, op. cit., p. 54.

(18) Cf. Carbonnier à qui nous empruntons ce terme, in *Mélanges Roubier*, t. I, pp. 109 et s. Voir spécialement à propos du caractère primitif de la règle de droit, id. loc., p. 111.

(19) Cf. P. Hébraud : « Lorsque le Conseil d'Etat édifie pierre à pierre le droit administratif, la règle est le produit de ses décisions, elle n'en est pas la source. » P. Hébraud, *La logique judiciaire*, op. cit., p. 29.

domaine dans lequel se meut le litige, d'autre part l'objet et l'argumentation de la requête. Mais dans cette démarche, qui doit le conduire du litige concret à la découverte de la majeure, le juge n'a pas d'autre guide (20) que son intuition et la référence aux concepts dont nous avons précédemment parlé (21). Là encore sa marge de liberté est considérable et nous sommes bien loin de l'automatisme dont certains créditent le raisonnement syllogistique (22). La liberté du juge n'est pas moindre lorsqu'ayant circonscrit le domaine du litige il a le choix entre plusieurs règles de droit, de même valeur juridique, également aptes à s'appliquer à l'espèce (23) ; il lui faut alors, soit choisir entre ces deux textes, soit expliquer l'un par l'autre, soit retenir comme majeure un compromis entre les deux textes ; et ce choix, le juge le fait librement, mais, partant, sans le secours d'une méthode définie de raisonnement.

La recherche de la mineure. — La latitude laissée au juge n'est pas moindre dans la détermination de la mineure du syllogisme.

Une telle affirmation pourrait *a priori* passer pour étonnante : la mineure est constituée des données de fait de l'espèce ; celles-ci sont indépendantes du juge, qui n'aurait alors qu'un rôle d'enregistrement.

La réalité est plus complexe. Parmi les éléments de fait, et pour que ceux-ci adoptent la forme simple d'une proposition apte à constituer la mineure du syllogisme, le juge doit mettre de l'ordre (24) ; c'est-à-dire essentiellement opérer un choix et imposer une hiérarchie (25) ; certaines données de fait peuvent apparaître comme sans rapport avec le litige, d'autres comme déterminantes ou simplement conséquentes ; le litige se présente au juge sous

(20) ... Il doit cependant prêter attention aux conclusions des parties.

(21) Cf. *supra*, chap. I.

(22) Cf. sur cette question, M. Motulski : « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs de droits subjectifs) », th. Lyon (Paris, Sirey, 1948, 188 p.), et les références qu'y fait Ph. Souleau, *La logique judiciaire*, *op. cit.*, en particulier p. 57.

(23) Cf. Ph. Souleau : « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, *op. cit.*, p. 54.

(24) « Dans ce faisceau infini, il faut faire le tri de ce qu'il convient de retenir. » Ph. Souleau : « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, *op. cit.*, p. 31.

(25) Nous en empruntons un exemple à M. R. Savatier, note au *J.C.P.*, 1967, II, 14931, sous Civ. 2^e, 29 juin 1966 : un autocar aux pneus lisses avait glissé sur une plaque de verglas, dont la présence était imprévisible : la Cour de cassation a retenu parmi les éléments de fait, seulement la présence de verglas, y voyant un cas de force majeure exonératoire de la responsabilité au sens de l'article 1384 du Code civil ; cependant qu'elle écartait l'usure des pneus, fautive au regard de l'article 1382 du Code civil. En matière administrative, le juge raisonne fréquemment de la même façon en décidant de retenir exclusivement tel élément de fait et d'écarter les autres données ; cf., par exemple, C.E. 3 février 1956, Dame Vve Durand, *Leb.*, p. 51 ; le raisonnement utilisé est longuement explicité dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Landron. Plus récemment, qui illustre également ce mode de raisonnement, T.A. Clermont-Ferrand, 21 février 1969, Entreprise Bourdin et Chaussé c. Vve Allemand (non publié). Dans toutes ces espèces, le juge recense les données de fait, puis détermine l'importance qu'il convient d'accorder à chacune et opère un choix parmi celles-ci. M. Latournerie parle ainsi de la nécessité d'« imposer, sans brutalité, à la cohue des prétentions, un ordre aussi vivant que logique ». R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 241.

une forme complexe, bien éloigné de la certitude formulée simplement dans la mineure d'un syllogisme. C'est le juge qui annexe les faits à la réalité juridique car, comme le rappelle de façon pittoresque G. Curvitch, « les faits ne sont pas des fleurs qui poussent dans les champs et ne demandent qu'à être cueillies » (26). C'est le juge qui choisit ceux qu'il convient de retenir, les dégage des autres et les relie entre eux.

Et la tâche est particulièrement ardue pour le juge administratif qui sait, par expérience, l'importance qu'il convient d'attacher aux faits et qui en général n'a pas à connaître, comme la Cour de Cassation, d'affaires dont « les faits ont été passés au crible, jaugés, dûment appréciés » (27).

Enfin il est des cas où le juge, ne pouvant agir sur la majeure (celle-ci étant par exemple une disposition légale), va agir sur la mineure du syllogisme, pour éviter une conclusion qui lui semblerait inéquitable ou inopportune (28).

Et quand bien même — comme c'est généralement le cas — le juge n'a aucunement conscience d'interpréter les données de fait dans un sens particulier, inévitablement « l'élaboration de la mineure s'opère sous l'ombre portée de la règle juridique » (29) : « il n'y a pas au point de vue juridique de fait qui puisse être constaté et noté sans une référence, au moins implicite à une règle de droit » (30).

Et encore tout ceci suppose-t-il que les éléments de fait soient livrés au juge comme constants ; alors que très fréquemment c'est précisément sur les faits que le litige s'est développée entre les parties ; or le fait, matière d'un litige, est « un fait historique », c'est-à-dire « un fait qui ne peut pas être directement constaté et qui ne peut pas être expérimentalement renouvelé... la reconstitution n'est pas le renouvellement expérimental, elle n'est que la recherche d'une ressemblance » (21).

Dans la mise en place de la mineure du syllogisme encore, la latitude laissée au juge est totale.

§ 2. — *L'utilisation de syllogismes complexes*

Les polysyllogismes. — Une difficulté supplémentaire vient de ce que dans la majorité des cas, ce n'est pas la construction et la résolution d'un seul syllogisme qui permettra la solution de l'affaire ; c'est une chaîne de syllogismes que le juge devra forger. Le

(26) G. Curvitch, *Traité de sociologie*, P.U.F., t. I, p. 155.

(27) La remarque est faite par J. Rivero : « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », in *Le fait et le droit*, Etudes de logique juridique. Ouvrage collectif (Bruxelles-Bruylant, 1961, in-8°, 280 p.), p. 134.

(28) Cf. intervention de M. E. Bertrand au 5^e colloque des Instituts d'Etudes judiciaires, in *La logique juridique*, op. cit., p. 130.

(29) Cf. J. Rivero : « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français » in *Le fait et le droit*, études de logique juridique, op. cit., pp. 141 et s.

(30) L. Husson, *Le fait et le droit*. Compte rendu de l'ouvrage collectif répertorié *supra*, note 29, in *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 240.

(31) J.-D. Bredin : « La logique judiciaire et l'avocat », in *La logique judiciaire*, op. cit., p. 98.

juge aura en réalité à construire et à résoudre un polysyllogisme ; et également à s'assurer que celui-ci est à même de rendre compte de l'ensemble du litige (32). Ainsi retrouve-t-il encore une très large liberté de raisonnement lorsque d'abord il isole en différents groupes les données du litige, chacun de ces groupes étant « justiciable » d'un syllogisme propre, lorsqu'ensuite il articule entre elles les diverses conclusions dont il dispose par la résolution de chaque syllogisme ; souvent la conclusion d'un premier syllogisme sert, elle-même, de prémisses au syllogisme suivant : divers syllogismes s'emboîtent ainsi les uns dans les autres (33).

Ce raisonnement par syllogismes successifs peut en outre être l'occasion de délicates questions ; nous nous bornerons à en donner un exemple.

Envisageons l'hypothèse d'un accident de la route causé par le tassement de la chaussée à la suite d'un violent orage ; le requérant invoque le défaut d'entretien normal de l'ouvrage ; l'administration lui oppose la force majeure. On peut supposer que le Président du Tribunal estime que le défaut d'entretien est bien établi mais que l'orage revêt les caractères d'une circonstance de force majeure ; tandis que le Conseiller assis à sa droite admet le défaut d'entretien mais écarte la force majeure ; et que celui qui siège à sa gauche penche pour l'absence de défaut d'entretien normal, tout en rejoignant subsidiairement son collègue préopinant pour écarter la force majeure. Le problème est alors de décider si l'on doit recueillir l'opinion des juges en une seule fois, sur le tout ; ou successivement sur les deux questions qui se posent, celle de l'entretien normal de l'ouvrage, et celle de la force majeure. Le résultat n'est en effet pas le même dans les deux cas : si l'on applique la première solution, la requête est rejetée ; il y est fait droit dans l'hypothèse inverse.

Sans doute ne doit-on pas dissimuler qu'une telle présentation purement logique d'un délibéré est certainement bien éloignée de la réalité (34) ; simplement, par cet exemple, nous entendions montrer comment le fractionnement d'un litige en syllogismes successifs peut influencer sur la solution finale que lui donne le juge.

Les limites du syllogisme. — Enfin dans certains cas le raisonnement syllogistique serait sans efficacité ; telles sont toutes les hypothèses dans lesquelles le juge a, non seulement à départager les parties dans l'immédiat, mais à « réglementer » le comportement de l'une d'elles ; ainsi de la fixation de dommages-intérêts ; le juge est alors dans l'impossibilité de bâtir un syllogisme faute d'une quelconque règle susceptible d'en constituer la majeure (35).

Dans de tels domaines comme l'écrit M. Carbonnier « le rôle de

(32) Cf. J. Copper-Royer : « La logique judiciaire et le pourvoi en cassation », in *La logique judiciaire, op. cit.*, p. 86.

(33) Cf. Ch. Bornet : « La logique judiciaire devant la Cour de cassation », in *La logique judiciaire, op. cit.*, p. 86.

(34) Au demeurant, ignorant que nous sommes des règles qui gouvernent le délibéré du juge administratif, nous ne saurions indiquer qu'elle serait, dans l'exemple développé, la solution à laquelle s'arrêterait le juge.

(35) Cf. P. Hébraud : « Rapport introductif », in *La logique judiciaire, op. cit.*, pp. 43 et s.

la logique s'estompe alors, et cède le pas à la pesée appréciative » (36) ; et ces domaines sont nombreux où le juge est appelé à passer de la reconnaissance d'un droit, susceptible d'un raisonnement logique, à des mesures de « réglementation » qu'il doit décider en fonction de considérations concrètes (37).

Là encore le raisonnement syllogistique n'épuise pas l'entier raisonnement du juge.

Le raisonnement par enthymème. — Du raisonnement syllogistique on doit rapprocher le raisonnement par enthymème qui présente la même structure logique, mais avec cette particularité que la majeure n'y est pas explicitée ; le mode de raisonnement y est donc le même, et c'est surtout lorsque nous examinerons la structure logique des décisions écrites du juge que nous aurons à faire la distinction (38). Cependant dès maintenant on peut remarquer que le raisonnement par enthymème doit être plus familier au juge administratif qu'au juge judiciaire, pour la seule mais dirimante raison qu'en droit administratif les règles susceptibles de constituer la majeure du syllogisme n'ont ni la cohérence logique, ni la précision des règles du droit privé. Ainsi, même au stade du raisonnement, le juge sera souvent à même de tirer de simples constatations de faits, ordonnancées en une proposition unique, telle conséquence juridique. Pour prendre un exemple, il suffira au juge de constater qu'une personne déterminée est agent public pour conclure qu'elle a droit, en cas de licenciement à la communication de son dossier ; la majeure « tout agent public a droit, en cas de licenciement à prendre connaissance de son dossier » est sous-entendue ; elle est implicite dans l'esprit du juge.

Conclusion de la section. — S'il nous faut conclure, provisoirement, sur l'emploi de la méthode syllogistique par le juge, nous dirons que celle-ci joue nécessairement un rôle important mais qu'elle n'est pas un carcan qui limite et entrave la libre recherche du juge (39) ; au contraire, dans la construction du syllogisme, le juge est nécessairement guidé par des considérations extra-logiques ; il use alors de ces raisonnements finalistes dont nous réservons l'étude pour le dernier point de ce chapitre (40).

(36) J. Carbonnier, *Cours de sociologie juridique* (Cours du droit, polycop.), pp. 185 et s.

(37) Dans de tels domaines, M. Patarin invite le juge à chercher du moins « une logique du contingent » ; il paraît plus simple de parler de politique jurisprudentielle. Patarin : « Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence... », *Mélanges Voirin*, pp. 618 et s.

(38) Cf. *infra*, titre II.

(39) « Une règle existant, le juge a l'obligation d'en tirer la solution du cas qui lui est soumis » (Maury, in *Mélanges Ripert*, *op. cit.*, « La jurisprudence source de droit ») ; ce n'est pas à dire pour autant qu'il soit alors réduit au simple rôle de machine juridictionnelle que lui assignait Robespierre.

(40) Cf. *infra*, ce chapitre, section III.

Section II. — Les autres raisonnements logiques

Quels sont-ils ? — A l'étude du raisonnement par syllogisme ou polysyllogisme doit succéder l'examen des procédés rationnels qui n'appartiennent pas à la logique formelle mais à la dialectique (41). Se présentent alors le raisonnement par analogie, dit aussi raisonnement « *a pari* », duquel il conviendra de rapprocher le raisonnement extensif et le raisonnement *a fortiori* ; symétriquement le raisonnement *a contrario*, non sans rapport avec le raisonnement restrictif ; enfin une place à part sera faite à l'analyse.

Certains s'étonneront peut-être de ne lire dans cette énumération aucune référence au raisonnement par l'absurde ; mais en réalité celui-ci ne constitue qu'une variété particulière de raisonnement finaliste (42) et (43) ; ce qui gouverne en effet dans ce type de raisonnement — et ce qui en fait l'utilité — c'est précisément la considération du résultat auquel on aboutit à partir des prémisses proposées et qui se révèle à l'évidence inacceptable, absurde (44) ; ce n'est plus alors à proprement parler le mécanisme du raisonnement qui joue un rôle, mais encore une fois, la considération du résultat auquel il conduit — le « raisonnement par l'absurde » n'est pas par lui-même un mode de raisonnement original.

Rapports qu'ils entretiennent avec le syllogisme. — Avant d'entreprendre une étude particulière des divers modes de raisonnement qui viennent d'être nommés, sans doute est-il nécessaire de préciser les rapports que, dans le cadre des modes de raisonnement utilisés par le juge administratif, ils entretiennent avec le raisonnement syllogistique.

Rien ne serait plus éloigné de la réalité en effet que de voir entre celui-ci et ceux-là une quelconque opposition, voire une option qui serait ouverte au juge. Dans la majorité des hypothèses ces modes de raisonnement sont employés cumulativement avec le raisonnement syllogistique qu'ils précèdent ou auquel ils succèdent.

Ainsi dans un grand nombre de cas c'est dans la quête de la proposition qui constituera la majeure du syllogisme que le juge utilise soit le raisonnement par analogie, soit le raisonnement *a contrario*. C'est déjà à une telle attitude que l'invitaient les anciens auteurs de l'Ecole de l'exégèse ; ainsi Th. Huc : « les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante sont rares, et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution » (45). Le raisonnement *a contrario* ou par analogie peut

(41) Ph. Souleau : « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, op. cit.

(42) Il sera étudié dans le dernier point de ce chapitre. Cf. *infra*, pp. 66 et s., comme variété de raisonnement finaliste.

(43) Cf. pour un exemple de raisonnement par l'absurde, les conclusions du commissaire du Gouvernement Renaudin, sous l'arrêt C.E. 24 janvier 1941, Pontremoli et Patouillard Demoriane, D., 1941, p. 135.

(44) S'agissant du discours, MM. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca parlent alors du « ridicule » ; l'analyse est la même. Cf. *Traité de l'argumentation* (2^e éd., Bruxelles, 1970), pp. 276 et s.

(45) Th. Huc : *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (Paris, 1892), t. I, p. 165. Pour un exemple voisin en droit administratif, cf. C.E. 12 décembre 1969, Association interministérielle des secrétaires administratifs d'Administration centrale, A.J.D.A., 1970, p. 308 et observations V.S.

de même s'exercer à partir d'une règle d'origine jurisprudentielle ; là encore le juge en usera pour découvrir la majeure du syllogisme qu'il aura ensuite à résoudre.

Dans d'autres cas, sans doute plus rares, le raisonnement par analogie ou le raisonnement *a contrario* succéderont à la résolution d'un syllogisme, permettant ainsi de dépasser ou de rectifier la conclusion de celui-ci.

Analogie, raisonnement *a contrario* et analyse se combinent fréquemment avec le raisonnement syllogistique dans la recherche par le juge de la solution du litige.

Reste à préciser la signification exacte de ces divers modes de raisonnement.

§ 1^{er}. — *Le raisonnement par analogie*

Définition. — L'analogie peut se définir comme un mode de raisonnement qui, partant d'une règle existante et connue, vise à créer une règle nouvelle et distincte, à partir de l'identité de raison juridique de ces deux règles (46). Dans tous les cas, l'analogie induit une solution, pour un état de fait donné, d'une similitude fondamentale (au sens étymologique du terme) entre cette situation et celle que la règle de départ, celle sur laquelle s'appuie l'analogie, a réglée (47). Par là-même nous touchons ce qui est le ressort de l'analogie et qui en marque en même temps les limites : l'analogie suppose entre la règle existante et la règle induite une « raison commune » : « *uti eadem ratio, idem jus* » (48).

Le mécanisme de l'analogie n'est donc pas, dans son essence, celui du raisonnement extensif. Ce dernier en effet ne débouche pas sur la construction d'une règle nouvelle, déduite de la première sans doute, mais autonome ; il est simplement l'interprétation la plus large de la règle existante. L'analogie crée une règle nouvelle : le raisonnement extensif élargit le domaine d'application de la règle existante.

Cependant pour claire que soit cette distinction dans un exposé théorique, on ne saurait ignorer que la pratique se charge de mêler intimement les deux modes de raisonnement : qu'on examine par exemple de ce point de vue les solutions multiples que la jurisprudence du Conseil d'Etat a greffées sur l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, disposition intervenue au lendemain du « scandale des fiches » et qui prévoyait la communication de son dossier à

(46) Cf. Fr. Gény : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, t. I, p. 305. Le savant auteur limite l'analogie au cas où la règle première est d'origine légale ; il n'y a aucune raison, en droit administratif, de maintenir cette restriction ; le raisonnement par analogie y a sa place pour l'interprétation et l'application des règles d'origine jurisprudentielle.

(47) Cf. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca : *Traité de l'argumentation* (2^e éd., édition de l'Institut de sociologie, Bruxelles, 1970), particulièrement p. 499 à 526.

(48) Cf. N. Bubbio, *L'analogia nelle logiqua del diritto* (Turino ; Istituto Giuridico della R. Università, 1938). *Memorie dell'istituto giuridico*, série II, Memoria XXXVI ; ou, d'un point de vue plus philosophique, M. Dorolle : « Le raisonnement par analogie », *Bibl. de philosophie contemporaine* (Paris, P.U.F., 1949).

tout fonctionnaire en instance de sanctions ; cette solution légale particulière a été interprétée dès l'origine très largement ; par le mécanisme de l'analogie d'autres règles voisines sont venues la rejoindre, telle celle qui veut qu'aucun agent public ne soit sanctionné sans avoir été en mesure de présenter sa défense ; tout ceci étant d'ailleurs depuis le célèbre arrêt Aramu (49) présenté par le Conseil d'Etat comme les conséquences d'un principe général de droit : celui du respect des droits de la défense (50).

Ainsi l'analogie exprime-t-elle dans le domaine du raisonnement ce besoin d'égalité juridique, généralement ressenti qui veut que les mêmes situations de fait comportent les mêmes sanctions juridiques.

Utilisation par le juge. — L'emploi en est fréquent en droit administratif. Certains y voient même « la première démarche du juge administratif » (51). Et il est certain que le caractère jurisprudentiel de cette branche du droit impose au juge administratif, plus qu'à son collègue judiciaire, de veiller à l'harmonie du système qu'il construit, et en particulier à l'égalité de traitement juridique de faits équivalents.

Une décision récente, déjà mentionnée, fournit un exemple de l'utilité d'un raisonnement par analogie. L'espèce posait la question de savoir si un pharmacien était en droit de se présenter à un concours ouvert pour le recrutement d'un poste de biologiste dans un hôpital de la troisième catégorie ; le ministère de la santé publique entendait pour sa part que l'accès à de tels concours soit exclusivement réservé à des médecins, régulièrement inscrits ; aucun texte n'avait envisagé la question ; toutefois un décret ouvrait l'accès de ce type de concours aux pharmaciens pour le poste de biologiste des hôpitaux de la seconde catégorie ; le Tribunal administratif de Versailles, faisant droit sur ce point à l'argumentation du requérant interprétant par analogie la seule disposition légale existante, a transposé la solution libérale qu'elle consacrait aux concours ouverts pour le recrutement de biologistes dans les hôpitaux de la troisième catégorie (52).

Le Conseil d'Etat a suivi la même démarche dans une affaire récente (53) où il avait à préciser la situation administrative des « agents spéciaux » de la Caisse des Dépôts et Consignations.

C'est un mode de raisonnement intermédiaire entre l'analogie et le raisonnement extensif qui a guidé le juge dans le célèbre arrêt

(49) C.E. 26 octobre 1945, Aramu, S., 1946, 3, 1, concl. Odent.

(50) Cf. sur cet exemple, M. Querrien : « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 318-319.

(51) A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement durant la seconde moitié du XIX^e siècle », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 300 ; M. Latournerie écrit de même : « parmi les modes du raisonnement juridique, l'analogie joue, en droit public, un rôle de premier plan ». R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », op. cit., p. 229.

(52) T.A. Versailles, 15 avril 1970, Conseil central de l'Ordre des pharmaciens, c. Ministre de la Santé publique et Docteur Grosdhomme (non publié à ce jour).

(53) C.E. 12 décembre 1969, Association des secrétaires d'Administration centrale, A.J.D.A., 1970, p. 308, observations V.S.

Delmotte (54) ; le Conseil d'Etat, suivant son Commissaire du Gouvernement, adopta alors une solution large qui peut aussi bien s'expliquer par une interprétation extensive du mot « réunion » au sens de la loi du 9 août 1849 qui était visée, que par une analogie entre « lieu de réunion » et « débit de boissons » (le Commissaire du Gouvernement affirme : « un débit de boissons est un lieu de réunion »).

On pourrait développer d'autres exemples du même type, comme les conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu dans l'arrêt Verdier (55), ou comme le mode de raisonnement adopté par le juge dans l'arrêt Benoist (56) ; mais le mécanisme est assez généralement connu pour que les explications sur ce point cèdent la place à l'examen du raisonnement *a contrario*.

§ 2. — Le raisonnement « a contrario »

Définition. — Le raisonnement *a contrario* n'appelle pas de très longues explications ; lui aussi est bien connu de tout juriste ; en outre ce qui a été dit du raisonnement par analogie s'applique « *mutatis mutandis* » au raisonnement *a contrario*.

Ainsi se distingue-t-il du raisonnement restrictif (57) parce que ce dernier n'appelle pas la création d'une règle nouvelle mais est simplement la réduction du domaine d'application de la règle interprétée ; par le raisonnement *a contrario* en revanche le juge « découvre » une règle nouvelle fondée précisément sur une « raison juridique » contraire à celle qui était à la base de la règle dont il est parti.

Ce caractère fait aisément supposer le danger, communément relevé (58), de l'utilisation du raisonnement *a contrario* ; celui-ci concourt en effet, non seulement à créer une règle de droit nouvelle, mais bien par définition, à créer une règle de droit contraire à celles qui existent déjà. Ainsi s'explique que son usage soit infiniment moins fréquent que celui du raisonnement par analogie (59).

(54) C.E. 6 août 1915, Delmotte, *Leb.*, p. 276, concl. Corneille, S., 1916, 3, 9, note Hauriou.

(55) C.E. 7 mars 1897, Verdier, S., 1898, 3, 17, concl. Romieu ; cf. pour un commentaire de ces conclusions du point de vue de la méthode utilisée. A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du Gouvernement durant la seconde moitié du XIX^e siècle », in *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 300 et 301.

(56) C.E. 12 janvier 1951, Benoist, p. 19 et la relation qu'en fait R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, pp. 230 et 231. L'auteur présente cette décision comme un exemple « particulièrement remarquable » de l'utilisation de l'analogie par le juge administratif.

(57) Le domaine d'élection du raisonnement restrictif est précisément l'interprétation des règles posées comme exceptions à une règle ou un principe plus général, en application de l'adage *Exceptiones strictissimae interpretationis*. Cf. sur ce point, Larnaude : « Le droit public, sa conception, sa méthode », in *Les méthodes juridiques*, *op. cit.*, pp. 32 et s.

(58) Cf. en particulier, Fr. Géný : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, t. I, p. 34.

(59) En revanche, l'analyste des décisions du Conseil d'Etat a bien souvent à user d'un raisonnement *a contrario* ; un seul exemple : la découverte de la règle nouvelle que pose le célèbre arrêt Tomaso Greco, suppose que la motivation du Conseil d'Etat soit interprétée *a contrario*. C.E. 10 février 1905, *Leb.*, p. 139, concl. Romieu, S., 1905, 3, 113, note Hauriou.

Utilisation par le juge. — Aussi bien est-ce surtout de l'emploi du raisonnement restrictif que la jurisprudence donne l'exemple.

La manifestation sans doute la plus célèbre en est constituée par l'interprétation que le Conseil d'Etat a donnée d'un article 18 *bis*, ajouté à l'ordonnance du 21 avril 1944 par celle du 8 avril 1945 qui disposait que la décision du jury d'honneur institué pour relever les anciens parlementaires de l'inéligibilité édictée contre eux « n'est susceptible d'aucun recours » ; la Haute Assemblée a jugé que « l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat » (60).

Du raisonnement *a contrario* on peut voir un exemple dans l'arrêt Tixier (61), aux termes duquel de Conseil d'Etat statuant au contentieux a interprété l'article 8 de la Constitution du 27 octobre 1946 comme signifiant *a contrario* l'incompétence du Conseil d'Etat statuant au contentieux pour apprécier la légalité des dispositions d'un décret du 21 septembre 1951 réglant les modalités du scrutin pour les élections législatives partielles.

Le choix entre l'analogie et le raisonnement « a contrario ». — A décrire successivement le raisonnement par analogie puis le raisonnement *a contrario* on se condamne à rencontrer une question qui, pour n'être pas nouvelle, ne saurait être éludée : pourquoi dans une espèce particulière le juge décide-t-il d'interpréter par analogie ou *a contrario* telle règle qu'il connaît mais qui ne saurait trancher le litige par son application directe ?

Notons d'abord que dans ce problème de choix du juge entre les deux types de raisonnement, il y a pour une large part un faux problème, du moins un problème d'Ecole (62) ; dans nombre d'hypothèses le juge qui est non seulement un juriste mais aussi — ce qui n'est pas toujours contradictoire — un homme de bon sens, n'aura même pas conscience de l'option qu'il prend ; il choisira l'analogie ou le raisonnement *a contrario*, simplement parce qu'il est le seul qui conduise à un résultat utile et raisonnable.

Cependant — et sous le bénéfice de cette première remarque — la question mérite parfois un examen plus attentif.

Dans certains cas d'abord c'est l'anomalie même, par rapport au droit commun, de la solution légale considérée qui justifie l'adoption du raisonnement *a contrario*. C'est au fond l'application de l'adage classique « *inclusio unius fit exclusio alterius* » ; symétriquement

(60) C.E. 7 février 1947, d'Aillères et Robert, *Leb.*, p. 50 ; cf. également P.-L. Josse : « Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 167 et s. qui développe cet exemple. Cf. aussi, C.E. 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture, c. Dame Lamotte, *R.D.P.*, 1951, 478, concl. Delvolvé, note Waline, en particulier les conclusions du commissaire du Gouvernement Delvolvé dans cette affaire, donnent une image très précise du mécanisme du raisonnement restrictif.

(61) C.E. 2 novembre 1951, Tixier, *Leb.*, p. 512 ; *J.C.P.*, 1952, II, 6810, note Vedel.

(62) Il a d'ailleurs tourmenté les veilles de nombreux auteurs. Cf. la bibliographie sur cette question citée par Fr. Gény : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, pp. 34 et 35.

le choix de l'analogie s'impose chaque fois que la règle de départ ne se présente pas comme exceptionnelle, anormale, mais qu'elle apparaît comme « l'application particulière d'un droit commun plus général » (63).

Surtout, et dans la généralité des cas, c'est la considération du but à atteindre qui finalement fera pencher la balance en faveur de l'un ou l'autre mode de raisonnement. On le constate encore une fois, si les modes de raisonnement logiques (syllogisme, analogie, etc.) ont leur place dans la panoplie du juge administratif, toujours la considération du but à atteindre les englobe et les gouverne.

Il conviendra de faire leur place à ces raisonnements finalistes du juge administratif.

§ 3. — *L'analyse*

Pour terminer avec l'étude de ces procédés de raisonnement quelques mots doivent être dits de l'emploi de l'analyse par le juge administratif.

M. Latournerie signale ainsi que le juge administratif se livre parfois « avec quelque solennité, dans une occasion spécialement favorable, à des travaux relevant de l'analyse, dont les résultats sont souvent des plus fructueux » (64). Le savant auteur ne manque cependant pas, en un autre endroit, d'assigner à cette méthode de raisonnement des limites qu'il serait maladroit de transgresser (65).

L'analyse se caractérise, on le sait, comme une méthode de raisonnement qui concourt, soit à la juxtaposition de questions particulières à la question globale que pose l'affaire (66), soit à la distinction parmi les données du litige de données particulières que le juge appréciera chacune individuellement.

C'est à ce type de raisonnement que se consacre le juge administratif lorsqu'il applique la jurisprudence dite « des actes détachables » ; ainsi distingue-t-il parfois du contrat lui-même, un acte administratif unilatéral portant passation de ce contrat (67) ; ou bien, d'un acte diplomatique, un acte administratif susceptible de recours contentieux (68). La « découverte » de la partie « réglementaire » incluse au sein d'un contrat de concession relève de la même façon du raisonnement analytique (69).

Cependant le caractère parfois artificiel de ce mode de raisonnement conduit à en limiter l'application (70).

(63) Fr. Génv : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, t. I, p. 35.

(64) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 228.

(65) R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, pp. 90 et 91, spéc.

(66) Cf. l'exemple donné *supra*, section I, § 2 de ce chapitre.

(67) C.E. 4 août 1905, Martin, *Leb.*, p. 749, concl. Romieu ; S., 1906, 3, 49, note Hauriou.

(68) C.E. 30 janvier 1948, Lehericy et Basset, *Leb.*, p. 41.

(69) Cf. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 228.

(70) Cf. pour un cas limite deux décisions, T.C. 8 décembre 1969, S.A.F.E.R. de Bourgogne, c. époux Soyer et consorts Arcival c., S.A.F.A.L.T., *J.C.P.*, 1970, II, 16285, note Fleuriot et Y. Gaudemet.

Section III. — Les raisonnements finalistes

De quoi s'agit-il ? — « L'interprète est un peu comparable au tailleur qui rectifie un vêtement de confection pour éviter les faux plis disgracieux ; sans cesse il doit modeler les procédés techniques dont il se sert en fonction du but auquel il les destine » (71). Ainsi sommes-nous avertis ; ce qui domine les procédés de raisonnement du juge, c'est la considération du but à atteindre.

Peut-on alors, rigoureusement, parler d'un mode de raisonnement d'une forme particulière : le raisonnement finaliste ; cela ne semble nullement exagéré car le juge ne se borne pas à constater le résultat souhaitable, à affirmer la solution qui lui paraît conforme au but qu'il veut atteindre ; il poursuit un travail de raisonnement, de construction intellectuelle ; simplement celui-ci est guidé par la considération du but poursuivi.

Encore doit-on préciser un peu quel est ce but que le juge découvre et cherche à atteindre à travers toute décision juridictionnelle ; sans aucun doute celui-ci est complexe et, si l'on peut dire, hétérogène ; s'y rencontrent des considérations simples de justice : le souci d'aboutir, dans l'espèce considérée, à un résultat équitable ; s'y ajoutent d'autres impératifs, dont le juge fera moins volontiers l'aveu, qui tiennent à la politique générale qu'il poursuit, elle-même tout entière dominée par le grand principe d'adaptation progressive du droit à la réalité sociale ; s'y mêle enfin, fréquemment, le souci du juge de préserver ou d'enrichir le système de concepts qui, instruments internes au prétoire, lui servent de cadre de référence dans chaque espèce.

D'autres considérations interfèrent parfois qui sont plus accidentelles, comme le souhait de « profiter » d'un dossier qui le permet pour amorcer une nouvelle jurisprudence (72), ou symétriquement pour réaffirmer la permanence d'une solution qui aurait été mise en cause par certains (73).

Du but que poursuit le juge, il serait donc vain de prétendre donner une définition monolithique et générique ; il reste que c'est la considération des fins qu'il poursuit, dont certaines sont propres à l'espèce, d'autres de plus large envergure, qui domine en dernière analyse la solution adoptée ; le juge, libre d'utiliser des modes de raisonnement logique, reste en toute hypothèse guidé par un raisonnement finaliste (74).

(71) R. Perrot, *De l'influence des techniques sur le but des institutions juridiques*, th. précitée, p. 205.

(72) Cf. R. Odent, *E.D.C.E.*, 1962, p. 44, et généralement partie II, titre II, section II, surtout le § 2.

(73) Qu'il s'agisse de la doctrine d'une autorité publique, d'une autorité administrative, ou même d'une autre juridiction.

(74) Cf. R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, spécialement p. 108.

§ 1^{er}. — *La place du raisonnement finaliste*

Importance de son rôle. — Le raisonnement finaliste a la première place parmi les modes de raisonnement qu'utilise le juge administratif.

Comme l'écrivait Fr. Génv : « les constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode... mais elles ne sont que de simples hypothèses, toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement où elles facilitent l'œuvre téléologique de la jurisprudence » (75). On ne saurait ici ne pas invoquer la grande autorité de Jehrings (76), qui a mis en évidence le danger pour le droit en général, et pour la décision juridictionnelle en particulier, de s'abstraire du réel : « ce n'est pas aux faits de suivre le droit c'est au droit de suivre les faits, c'est-à-dire la vie », ou bien encore : « la vie ne doit pas attendre, c'est à la pensée juridique à la suivre » (77).

Cette nécessité est peut-être encore plus forte pour ce qui est de l'activité du juge que dans tout autre domaine de la science juridique, car, comme le dit Ledru-Rollin : « La jurisprudence... est par excellence l'expression vraie et le dernier mot de la société » (78).

Le rôle du raisonnement finaliste est capital : celui d'assurer la concordance des solutions juridictionnelles et de la vie. Aussi tient-il une place particulière parmi les modes de raisonnement dont le juge administratif fait usage.

Non pas qu'il remplace les raisonnements logiques qui ont été préalablement recensés ; il les domine, mais en souverain sage qui respecte ceux qui reconnaissent sa suzeraineté.

Combinaison avec les autres modes de raisonnement utilisés par le juge. — Le raisonnement finaliste est présent dans la quasi totalité des espèces que le juge examine ; mais il n'intervient pas seul ; il se combine avec ces modes de raisonnement logiques dont nous avons vu que, impuissants à conduire à eux seuls la réflexion, ils lui laissaient une place essentielle. Ainsi dans le choix de telle ou telle règle pour constituer la majeure du syllogisme, dans le recensement des éléments de fait qui en seront la mineure, dans la détermination de l'option ouverte entre analogie et « *a contrario* », le juge est guidé et soutenu par la considération du but qu'il poursuit.

Il n'y a aucune opposition entre l'adoption générale d'un raisonnement finaliste et l'attention à tel ou tel mode de raisonnement

(75) Fr. Génv : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, t. I, p. 146.

(76) Cf. en particulier R. von Jehrings : *Zweck im Recht*, traduction de la 3^e éd. allemande par O. de Meulenaere (Paris, A. Monerq, 1901, in 8°). Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), et traduit en français, *L'esprit du Droit romain*, en particulier, du point de vue qui nous intéresse ici, le t. III.

(77) C'est la même pensée qu'exprime de façon plus philosophique Heidegger : « Non pas nous les hommes avons des pensées, mais les pensées viennent à nous, mortels dont l'être repose dans la pensée comme dans son fondement. »

(78) Ledru-Rollin, *Journal du Palais*, 3 éd. (Paris, 1837, 42), t. I, p. XVIII.

logique : celui-ci apporte la rigueur, celui-là sauvegarde le réalisme de la solution juridictionnelle. Le raisonnement finaliste occupe sans doute la première place, mais cela suppose précisément que d'autres types de raisonnement aient la leur, subordonnée.

Il n'est sans doute pas inutile d'en donner un exemple, fourni par l'analyse logique d'une décision généralement connue : l'arrêt Labonne (79). L'arrêt tout entier est dominé par une considération simple : celle de reconnaître au Chef de l'Etat des pouvoirs de police administrative générale (80) ; c'est là ce qui constitue le « raisonnement finaliste du juge ». Cependant la loi (art. 97 du Code de l'administration communale, et art. 2 de la loi des 22 déc. 1789-8 janv. 1790, confirmé par l'art. 99, al. 1, de la loi du 5 avril 1884) n'a confié le pouvoir de police générale qu'à deux autorités administratives : le maire et le préfet ; deux possibilités s'offrent alors à l'interprète : étendre par analogie ces dispositions au Chef de l'Etat, ou au contraire interpréter *a contrario* les textes pour dénier au Chef de l'Etat tout pouvoir en la matière. C'est le premier mode de raisonnement qu'adopte la Haute Assemblée, guidée non par des considérations logiques, mais par un raisonnement finaliste. Enfin, dernière phrase du raisonnement, l'argument d'analogie ayant fourni la majeure du syllogisme, il ne reste au juge qu'à en formuler la mineure, pour arriver à la solution du litige.

Ainsi si le raisonnement finaliste est la finesse et l'intelligence du juge, les modes de raisonnement logique en sont la sécurité et la rigueur. Chacun a ainsi sa place dans chaque décision juridictionnelle et rien ne serait plus éloigné de la réalité, dans la majorité des cas, que de vouloir les opposer.

§ 2. — L'utilisation du raisonnement finaliste

Exemples positifs de l'utilisation d'un raisonnement finaliste. — Reste, ayant précisé la place et le rôle du raisonnement finaliste, à donner quelques exemples de son emploi par le juge administratif (81).

M. Gazier (82) en relève un, significatif, dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Renaudin dans l'affaire Pontremoli et autres (83) : le juge s'y tient « à mi chemin entre le raisonnement

(79) C.E. 8 août 1919, Labonne, *Leb.*, p. 737 : « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », et le commentaire de MM. Long, Weil et Braibant.

(80) Il se situe ainsi, aux côtés de l'arrêt Heyries (28 juin 1918, *S.*, 1922, 3, 49, note Hauriou), dans le cadre d'une même politique du juge visant à reconnaître au Chef de l'Etat, tant en matière de police administrative qu'en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics, les pouvoirs les plus vastes.

(81) Ce type de raisonnement est peut-être moins dominant, et surtout moins volontiers reconnu, lorsqu'il s'agit du juge judiciaire. Il semble bien qu'il soit pourtant d'emploi très large ; cf. en particulier Ph. Souleau : « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, *op. cit.*, p. 62 ou Ph. Hébraud : « Rapport introductif » au même ouvrage, p. 43 et s., où il parle de la « pesée appréciative » à laquelle se livre le juge.

(82) F. Gazier : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement depuis 1900 », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 308 et s.

(83) C.E. 24 janvier 1941, Pontremoli et Patouillard Demoriane, *D.*, 1941, p. 135, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Renaudin.

scientifique d'une rigueur parfaite... et la seule intuition arbitraire du juge qui ne se rattache à aucun principe, ni à aucune construction » (84) et (85).

Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que c'est la même personne qui, concluant dans l'affaire Dehaene (86), donne de ce raisonnement finaliste un exemple remarquable : le Commissaire du Gouvernement ne part pas, dans cette affaire, du droit positif pour en déduire la solution qu'il comporte ; son attention est tout entière tournée vers les conséquences de la décision qui sera adoptée par le Conseil d'Etat, et sur la finalité qui doit guider le juge ; on n'en veut pour illustration que la phrase si souvent citée : « Admettre sans restriction la grève des fonctionnaires, ce serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle et, comme on l'a dit, consacrer officiellement la nation d'un Etat à éclipse » (87).

Un autre cas de réaction du juge devant les conséquences extrêmes de la logique est fourni par les décisions qui ont concouru à l'édification de la théorie des fonctionnaires de fait (88) ; dans la rigueur du droit en effet tous les actes accomplis par de tels agents devraient être réputés nuls (89).

De même enfin l'application stricte de la règle que posait l'arrêt Rodière (90) a été, au détriment de la pure logique, écartée par l'arrêt Deberles (91), car il eût paru singulier que l'agent licencié à tort ait pu prétendre dans tous les cas à l'intégralité de son traitement (92).

Finalement et sans multiplier les exemples (93), il semble bien qu'au-delà de la vêtue logique de nombre de décisions marquantes du juge administratif, on découvre, tel un fil conducteur, le développement d'un raisonnement finaliste qui constitue le dernier mot de la compréhension de la décision (94).

(84) F. Gazier, *op. cit.* (note 82, p. 68), *eod loc.*, p. 310.

(85) La méthode de raisonnement suivie par le Commissaire du Gouvernement est curieusement très proche de celle qui semble avoir guidé la Cour d'appel de Chambéry dans une affaire qui a maintenant quelques années. C.A. Chambéry, 28 octobre 1964, Y..., c. C.P.S.S. de la Savoie, *D.*, 1965, p. 849, avec la très intéressante note de H. Roland : le syllogisme annoncé et partiellement construit est finalement écarté pour satisfaire à des considérations extralogiques, pour laisser la place à un raisonnement finaliste. Simplement nous ne comprenons pas que cette méthode — ou plutôt cette juxtaposition de méthodes — soit sévèrement jugée par le commentateur de « démarche non juridictionnelle », H. Roland, note précitée, *D.*, 1965, p. 850.

(86) C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, *R.D.P.*, 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline.

(87) Gazier, concl. sur l'arrêt Dehaene, précité.

(88) M. Waline : « Traité de droit administratif », *op. cit.*, p. 384.

(89) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 232, note 224.

(90) C.E. 26 décembre 1925, Rodière, *S.*, 1925, 3, 49, note Hauriou, *R.D.P.*, 1926, 32, concl. Cahen-Salvador.

(91) C.E. 7 avril 1933, Deberles, *R.D.P.*, 1933, 3, 68, concl. Parodi.

(92) Il est vrai que cette solution peut aussi être présentée comme une simple application de la règle du service fait.

(93) Cf. encore Appleton : « Observations sur la méthode dans l'enseignement du droit en général, du Droit romain en particulier », *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, 1^o, T. XXI, en particulier pp. 241 à 244 et p. 286.

(94) A ceci s'ajoute le fait que souvent le juge adopte pour la construction de la décision une structure logique qui ne correspond pas toujours au raisonnement qui a en fait été le sien lors de l'examen de l'espèce ; cf. sur ce point le second titre de cette partie.

Conclusion du Titre. — Au terme de ce chapitre consacré à l'examen par le juge administratif de l'affaire qui lui est soumise, et avant d'en venir à l'étude de la construction de la décision, il n'est peut-être pas inutile de faire le point.

1° Le juge dispose pour examiner un litige de la faculté de se référer à certains concepts prédéfinis et d'utiliser certains modes de raisonnement logiques : c'est l'aspect routinier de sa mission.

2° Au-delà de ces procédés objectifs le juge attache, à juste titre, une grande attention à la considération du but (peut-être vaudrait-il mieux dire « des buts ») que la décision doit satisfaire ; ainsi ordonne-t-il ou parfois transcende-t-il l'utilisation des procédés objectifs : c'est là le génie de sa mission.

3° Enfin le juge a la plus grande part dans la création et la définition du matériel conceptuel qu'il utilise : c'est à la fois la difficulté et l'ordre de sa mission.

Encore toutes ces remarques ne doivent-elles être avancées qu'épaulées par de nombreuses réserves, qui s'imposent particulièrement de la part de qui est extérieur au travail juridictionnel du juge.

1° Ainsi doit-on voir dans ces remarques de simples indications plutôt que la formulation de règles ; celles-ci n'auraient pas leur place ici.

2° Il ne peut s'agir que de l'examen du « comportement moyen » du juge ; et bien des décisions pourront être invoquées qui mettent en échec ce schéma.

3° Enfin, et peut-être surtout, là où les besoins d'une exposition aussi claire que possible ont amené à distinguer, à étudier successivement, il n'y a bien souvent qu'une attitude globale du juge qui tout à la fois, les concepts de référence étant présents à son esprit, assigne à la logique et aux considérations téléologiques leurs places complémentaires. Mais on ne reproche pas au naturaliste de démonter et d'isoler pour faire comprendre ; pourtant, qu'on nous pardonne la comparaison, la souris court et respire en même temps, heureusement pour elle...

Du moins ces quelques réflexions étaient-elles nécessaires pour que puisse être mené maintenant l'examen de la construction de la décision de justice par le juge administratif.

TITRE II

LES METHODES DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA DECISION JURIDICTIONNELLE

Moment où elle intervient : l'intime conviction du juge. — A l'examen par le juge du litige qui lui est soumis doit nécessairement succéder, dans notre droit français, la construction d'une décision qui, signifiée aux plaideurs, fixera désormais le droit applicable entre eux.

La construction de la décision définitive, telle qu'elle sera portée à la connaissance générale, est donc la phase ultime du travail juridictionnel ; elle intervient à l'issue de la recherche de la solution par le juge, dont nous avons cherché précédemment à indiquer les étapes essentielles ; elle suppose que soit établie l'intime conviction du juge, dont la décision juridictionnelle sera d'ailleurs l'expression.

De cette intime conviction du juge, nous ne saurions dire mieux que M. Latournerie qui y voit « une sorte de discernement, d'une évidence de nature spéciale qui, quoique sur un plan nettement différent, paraît bien présenter quelque parenté avec le sens moral et aussi avec le sens esthétique » (1). Ceci rappelé, nous ferons volontiers application du conseil très sage du même auteur qui invite à « détourner délibérément la marche de ce terrain aventureux » (2).

Organisation du travail juridictionnel. — Cependant, et sans prétendre pénétrer non plus le secret qui, de tradition et de nécessité, entoute le délibéré (3), on doit noter que l'élaboration de la décision est ainsi le fruit d'une certaine organisation du travail juridictionnel.

Ainsi, là où l'on pouvait auparavant parler du « juge administratif », il devient maintenant nécessaire de préciser le propos, autrement dit de rappeler sommairement quels sont les personnages

(1) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 240.

(2) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 240.

(3) R. Latournerie distingue très pertinemment le délibéré d'audience des « délibérés parallèles » que connaît seul le « for intérieur » ; on reconnaîtra que les seconds commandent le premier qui en est en quelque sorte la résultante ; et que sur ces « délibérés intérieurs », il n'est pas interdit de solliciter les confidences.

qui participent successivement ou ensemble à la construction de la décision juridictionnelle (4).

La recherche est ainsi celle de la liste des auteurs de la décision juridictionnelle et de leur rôle respectif (5). Et nous la conduirons à partir de l'exemple de l'élaboration d'une décision du Conseil d'Etat, considéré comme l'archétype des juridictions administratives (6).

Lorsque l'instruction diligentée par la Sous-Section à laquelle l'affaire a été attribuée est terminée, le dossier revient entre les mains du rapporteur chargé d'étudier l'affaire. La première partie du travail du rapporteur consiste en la rédaction des visas de l'arrêt qui, en général, ne sera plus modifiée ; ceux-ci constituent une analyse aussi exacte et aussi ramassée que possible des moyens soulevés par les parties et des conclusions qu'elles formulent ; y figurent également les principales pièces du dossier. Enfin, le rapporteur vise les textes législatifs et réglementaires applicables à l'espèce ou invoqués par les parties (7).

Le travail du rapporteur se poursuit par la rédaction d'un exposé de toutes les questions posées (8), des difficultés soulevées et des solutions qui lui semblent devoir être adoptées.

Le rapporteur rédige enfin un projet de décision qui comprend les considérants et le dispositif dont il envisage l'adoption, compte tenu des conclusions de son rapport (9).

Ce travail (10) matérialisé par ce qu'il est convenu d'appeler la « note du rapporteur » débouche donc sur la rédaction d'un projet d'arrêt qui, formellement, est à même de constituer la solution définitive du litige. Il est donc des cas — fréquents sans doute, surtout pour les affaires de routine — dans lesquels la rédaction de la décision définitive est matériellement l'œuvre du seul rapporteur. Quand bien même le projet qu'il a établi est remanié par la suite, son intervention a été essentielle puisqu'elle se solde — outre la rédaction du rapport — par la première rédaction d'une décision formelle donnant la solution au litige soumis au juge.

(4) Ceci sans revenir sur l'option que nous avons prise de ne pas mentionner pour elles-mêmes les règles de procédure.

(5) Cf. sur l'ensemble de cette question, R. Odent, *Contentieux administratif*, op. cit., t. II, pp. 601 et s. ; R. Drago : « La réforme du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1963, pp. 524 et s., en particulier p. 528.

(6) L'organisation du travail juridictionnel au sein des autres juridictions administratives est en effet très généralement calquée sur celle du Conseil d'Etat.

(7) Lors de la séance de jugement, dans chaque affaire, le rapporteur lit les visas du projet de décision, antérieurement à la plaidoirie éventuelle des avocats et à la lecture des conclusions du Commissaire du Gouvernement.

(8) Examen successif des questions de compétence, de recevabilité, enfin du fond du droit.

(9) R. Odent, *Contentieux administratif*, op. cit., t. II, pp. 612-613, qui précise en particulier quel doit être, suivant les cas, le contenu de ce projet d'arrêt.

(10) Ce travail est guidé par le respect, en général, d'un certain ordre dans l'examen des questions : 1° désistement ordinaire ; 2° désistement d'office ; 3° compétence ; 4° non-lieu ; 5° forclusion et autres irrecevabilités. Puis examen des moyens au fond. Dans le plein contentieux, cet examen au fond isole successivement les éléments suivants : responsabilité, préjudice, indemnité, intérêts, capitalisation des intérêts, dépens.

Par la suite, le rapport et le projet d'arrêt font retour à la Sous-Section lorsqu'il s'agit d'une affaire de Contentieux général (11), et, après examen par le Président de la Sous-Section, sont discutés par celle-ci au cours d'une séance d'instruction. La Sous-Section peut alors, si elle l'estime opportun, amender le projet du rapporteur qui est désigné, à partir de ce stade, comme le projet de la Sous-Section ; le dossier est finalement envoyé au Commissaire du Gouvernement (12).

Le Commissaire du Gouvernement intervient donc seulement lorsque la procédure d'instruction est terminée (13) ; en outre, il trouve dans le dossier qu'on lui transmet un projet d'arrêt rédigé.

Il faut donc admettre que, du point de vue de la rédaction matérielle de la décision, le rôle du Commissaire du Gouvernement reste dans la majorité des cas, de second plan (14). Le rôle du Commissaire du Gouvernement est simplement de relater devant la formation du jugement les circonstances de fait et de droit de l'affaire, et de donner son opinion sur les solutions qu'appelle, d'après lui, le litige (15). Il n'a pas pour tâche la rédaction matérielle de sa décision.

Tout au plus, a-t-il la faculté, lorsqu'il ne partage pas l'avis de la Sous-section d'instruction, d'intervenir avant la séance de jugement pour exposer son désaccord ; un débat s'instaure alors au terme duquel, éventuellement, le projet d'arrêt de la Sous-Section peut être modifié.

Au cours de l'audience, les conclusions orales lues par le Commissaire du Gouvernement (16) sont destinées à fournir aux membres de la formation de jugement, dont presque tous ignorent au début de la séance tout des affaires qu'ils auront à juger, les éléments de fait et de droit qui les mettront à même de prendre parti (17).

C'est au cours du délibéré que s'élabore le texte de la décision définitive que rendra le juge, soit que le projet du rapporteur soit repris purement et simplement, ou légèrement modifié, soit qu'une discussion s'engage tant sur le sens de la décision que sur la rédaction : le Commissaire du Gouvernement participe à la discus-

(11) Les affaires de contentieux spécial ne passent pas, à nouveau, devant la sous-section d'instruction, mais sont directement envoyées au Commissaire du Gouvernement, sauf le cas où elles doivent être jugées en sous-sections réunies. R. Odent, *Contentieux administratif*, t. II, p. 613.

(12) Cf. *supra*, note 11.

(13) Le Commissaire du Gouvernement assiste cependant à la discussion au cours de la séance d'instruction.

(14) Ce n'est pas à minimiser le rôle que jouent les Commissaires du Gouvernement au contentieux, rôle d'ailleurs unanimement reconnu (cf. R. Odent, *Contentieux administratif*, t. II, pp. 616 et s.). Simplement, la tâche du Commissaire du Gouvernement n'est pas d'abord la rédaction matérielle de la décision, mais l'examen de son contenu et éventuellement la proposition d'une solution juridique meilleure ou novatrice.

(15) Il n'en a pas toujours été ainsi : à l'origine de l'institution des Commissaires du Gouvernement, on trouve le souci de protéger les pouvoirs du Gouvernement contre les entreprises éventuelles du juge. Cf. en particulier T. Sauvel : « Les origines des Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au Contentieux », *R.D.P.*, 1949, pp. 5 et s.

(16) ... Parfois, également, lorsqu'ils plaident, les plaidoiries des avocats ou les observations présentées par les parties.

(17) R. Odent, *Contentieux administratif*, t. II, p. 616.

sion dirigée par le Président de séance, mais il ne peut voter (18). Cependant, la solution proposée par la Sous-Section d'instruction est toujours mise aux voix par priorité.

La rédaction finale de la décision telle que l'a adoptée la formation de jugement, est revue par le Président de séance (19) qui la signe ; la décision est alors définitive ; elle est lue publiquement.

En résumé, la rédaction matérielle de la décision est, en premier lieu, l'œuvre du rapporteur qui rédige un projet de décision complet ; ce projet, soumis à l'approbation de la Sous-Section d'instruction, figure dans le dossier transmis au Commissaire du Gouvernement qui peut faire part d'éventuelles critiques à la Sous-Section d'Instruction, sans cependant être en droit de modifier par lui-même ce projet. Enfin, la formation de jugement conserve, elle, l'entière faculté d'adopter, de modifier ou de remplacer, par un autre projet, le projet de décision de la Sous-Section d'instruction.

Dans la rédaction de la décision, le rôle dynamique est joué par le rapporteur dans le cadre de la Sous-Section d'instruction. La tâche de contrôle incombe au Commissaire du Gouvernement, puis à la formation de jugement qui peut éventuellement réformer le projet de la Sous-Section d'instruction (20).

Fonctions de la décision de justice. — Ces précisions étant données sur le mode d'élaboration matérielle des décisions du juge administratif, il reste à s'interroger sur la place exacte que cette décision est appelée à occuper, tant vis-à-vis des parties qu'à travers elles, éventuellement, dans l'ordonnancement du droit positif.

C'est poser la question des fonctions de la décision juridictionnelle. Il semble possible d'en distinguer trois de portée générale.

La première ressemble presque à une lapalissade, et, en tous les cas, ne prête pas à discussion : c'est celle de départager les parties en donnant au litige qui les oppose sa solution avec l'autorité de la chose jugée. C'est là la fonction juridictionnelle *stricto sensu* du jugement.

La seconde est moins souvent soulignée et pourtant de grande importance : c'est la fonction explicative de la décision ; celle-ci ne saurait être simplement l'acte qui tranche, elle doit expliquer et convaincre, si possible, même le plaideur malheureux.

Enfin, « le jugement implique une détermination du juste et du droit » (20) ; le juge a une influence sur le contenu du droit positif : on parlera alors de fonction normative de la décision.

(18) Eventuellement, l'affaire est renvoyée au jugement d'une formation plus importante. Cf. les indications données à ce sujet par R. Odent, *Contentieux administratif*, t. II, p. 620.

(19) Celui-ci peut alors, s'il l'estime utile, provoquer un nouveau délibéré. R. Odent, *Contentieux administratif*, t. II, p. 620.

(20) Le style des arrêts apporte parfois comme la vérification de cette double affirmation ; dans certains cas, on décèle en effet quelques phrases incitantes manifestement ajoutées au projet de la sous-section lors de la séance de jugement (cf. par exemple C.E. 2 mars 1962, Rubin de Servens, *J.C.P.*, 1962, II, 12613, concl. Henry).

(21) Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, trad. fr. par M.S. Gillet O.P. (Paris, Desclée et Cie, 1948), t. I, p. 10.

Plan du Titre. — Ainsi, le juge administratif, dans son travail de construction et de rédaction de la décision, a conscience d'avoir à départager, à expliquer et à « révéler » le droit.

Cette triple attention est manifestée tant par l'étude de la structure de la décision juridictionnelle (Chapitre I), que par l'examen de son contenu formel (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA STRUCTURE DE LA DECISION JURIDICTIONNELLE

Le laconisme des décisions du juge administratif. — La structure de la décision juridictionnelle peut être examinée de trois points de vue successifs. D'abord du point de vue de ses divisions matérielles (Section I), ensuite du point de vue grammatical (Section II), enfin du point de vue de sa structure logique (Section III).

Auparavant il est sans doute utile de dire quelques mots de la longueur des décisions du juge administratif.

La tendance générale est à parler de la brièveté, du laconisme des décisions du juge administratif (1) ; « les arrêts du Conseil d'Etat sont rédigés en termes laconiques » constatait Jeze (2) ; M. Latournerie loue « la concision très dense des arrêts du Conseil d'Etat » (3). Hauriou appréciait « *l'imperatoria brevitās* » des arrêts du Conseil d'Etat (4).

Un dogme si généralement admis a, sans doute, la force d'une vérité.

Toutefois, la question mériterait d'être posée de savoir si cette brièveté des décisions du juge administratif, principalement des décisions du Conseil d'Etat, n'était pas plus réelle autrefois qu'aujourd'hui (5). Et il semble bien que plusieurs considérations concordent en ce sens : principalement, la complexité croissante de la réglementation et du droit en général, qui impose au juge un travail d'analyse, de distinctions et de nuances toujours plus poussé ; l'incorporation au droit administratif de secteurs juridiques nouveaux, comme une partie du droit économique, comme le droit communautaire, joue dans le même sens. Il n'y a là que la

(1) Cf. entre autres, A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement durant la seconde moitié du xix^e siècle », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 299 ; J. Rivéro, *E.D.C.E.*, 1955, p. 30 ; P. Arrighi, « Hauriou : Un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 343.

(2) G. Jeze : « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 348.

(3) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », op. cit., pp. 220-221.

(4) Hauriou, note sous C.E. 28 février 1919, Dame Dol et Laurent au S., 1918-1919, 3, 33.

(5) Comparer, pour les arrêts de la Cour de cassation, les remarques faites par J. Voulet : « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.* 70, I, 2305, en particulier n° 4.

manifestation, dans le domaine du contentieux, de la complexité croissante des activités étatiques.

Les premiers grands arrêts de la jurisprudence administrative, ceux qui interviennent avant 1920, sont, en général, brefs : ils ont la concision, et en même temps la précision, des règles premières, de celles qui constituent le fondement d'une discipline. Aujourd'hui, le champ n'est plus vide ; le droit administratif existe (6) et les règles de base n'en sont pas discutées. La discussion juridictionnelle et la décision qui y met un terme, s'en trouvent compliquées d'autant ; et cette dernière devient nécessairement dans la majorité des cas, distinction, exception, nuances, accords entre plusieurs règles complémentaires ou antagonistes.

Aussi bien la longueur des décisions du juge administratif a-t-elle varié en suivant une évolution analogue à celle du droit écrit : à la concision des premières règles, celles qui, fixant un droit nouveau, intervenaient par hypothèse sans égard au droit préexistant — et donc sans contrainte (7) — s'oppose la législation actuelle qui est tout entière cas particulier, description, exceptions, etc. Toutefois, il est juste de remarquer que la législation administrative a toujours présenté pour partie ce caractère d'« entassement incohérent d'articles » que lui attribuait Cormenin (8).

Au demeurant, il serait vain de vouloir donner à ces remarques la portée d'une règle générale, laquelle n'aurait d'ailleurs pas sa place ici : on ne doit parler que d'une tendance.

Et il serait tout aussi inexact d'attacher à cette évolution une signification qu'elle n'a pas : une décision n'est pas meilleure parce qu'elle est plus brève ou plus longue ; tout dépend de l'espèce qui est soumise au juge ; la décision la meilleure sera alors celle qui est plus complète et la plus intelligible pour les parties.

Plan. — Beaucoup plus enrichissant du point de vue de la connaissance des méthodes juridictionnelles du juge administratif, sera l'examen successif de la structure de la décision de justice, tant dans ses divisions matérielles (Section I), que dans sa structure grammaticale (Section II) et sa structure logique (Section III).

(6) Certains domaines particuliers restent cependant ouverts sans réserve à l'initiative des juristes, en particulier à celle du juge administratif ; on pense, par exemple, au droit économique qui, aujourd'hui, reste à construire. Cf. sur ce point *infra*, partie II.

(7) Les exemples ne manquent pas en droit privé. On pourrait aussi se référer au libellé des grandes lois de la III^e République à son début, en particulier les lois de 1881.

(8) Cormenin, *Questions de droit administratif*, Paris, 1837, 3 vol. in 8°, préface p. x.

Section I. — Les divisions matérielles des décisions

Une structure formaliste. — Les décisions juridictionnelles du juge administratif sont coulées dans un moule formel unique. La subdivision de chaque décision en visas, motivation et dispositif est classique (9).

Cette construction a certainement son explication historique. Ce qui cependant est surtout important — du point de vue qui est le nôtre —, c'est que l'adoption d'un certain formalisme correspond à l'exercice de la fonction arbitrale du juge administratif telle qu'elle a été caractérisée (10). Le juge apporte au litige qui lui a été soumis une solution qui s'incorpore au droit positif et bénéficie d'une autorité particulière, l'autorité de la chose jugée ; l'adoption d'une forme imposée, toujours la même, en est le corollaire.

Par la rédaction des visas, le juge, après avoir résumé le litige tel qu'il lui apparaît à travers les conclusions des parties et les documents dont il a eu connaissance, fait référence aux textes qui constituent comme le fondement de la décision qu'il doit rendre ; ainsi la décision juridictionnelle emprunte à l'autorité de ces textes.

La motivation est à la fois l'application de la loi à l'espèce et l'explication que le juge fournit aux parties, d'abord, aux commentateurs ensuite.

Enfin, dans le dispositif, le juge dit le droit : ce dernier poste du jugement s'incorpore au droit positif avec l'autorité de la chose jugée.

La consécration d'un certain formalisme dans la structure matérielle des décisions s'explique ainsi par la nature particulière de la mission confiée au juge : celle de dire le droit applicable entre les parties.

§ 1^{er}. — Les visas

Les visas des conclusions des parties. — S'agissant en premier lieu des visas, une distinction fondamentale s'impose : les visas des conclusions des parties se distinguent des visas des textes auxquels le juge se réfère en l'espèce.

Des visas des conclusions des parties, il y a peu à dire (11). Le juge (12) doit résumer de façon concise mais complète, à la fois les moyens développés par les parties dans leurs mémoires successifs, et les conclusions auxquelles chacune aboutit. Et il y a là un élément à première vue absolument nécessaire à la bonne intelligence de la décision : il permet de comprendre le litige et de

(9) Pour un exposé très complet, de caractère pratique, de la construction des décisions du juge judiciaire, voir M. Leboulanger, *La pratique des jugements et arrêts*, préface Ch. Bornet (Paris, Librairies techniques, 1965), pp. 143 et s. ; de nombreuses remarques faites par l'auteur valent également pour les décisions du juge administratif.

(10) Cf. *supra*, pp. 132, 133.

(11) Cf. M. Leboulanger *La pratique des jugements et arrêts*, *op. cit.*, pp. 160 et s.

(12) ... C'est là, en général, nous l'avons rappelé, le travail du rapporteur.

connaître les prétentions de chaque partie (13). Cependant cette partie de la décision est exceptionnellement connue ; la publication dans les recueils officiels et même certaines copies de la décision, destinées aux parties ou à leur avocat, l'ignorent systématiquement.

Ainsi s'explique et se justifie l'habitude qu'ont adoptée certaines Sous-Sections de développer à nouveau, sous forme d'attendus incorporés à la motivation, l'essentiel des conclusions des parties (14).

De toutes les façons, l'analyse des conclusions et des moyens présentés par les parties est obligatoire dans chaque décision (15) ; Il semble même que le défaut de visas puisse être soulevé d'office par le juge d'appel ou de cassation (16).

Les visas des textes. — La seconde partie des visas du juge est constituée par les visas des textes législatifs et réglementaires (17). Le juge y rappelle les textes dont, théoriquement, la décision de justice n'est qu'une application particulière. C'est de sa référence aux visas des textes — outre la mission qui est confiée au juge — que la décision tire son autorité particulière : elle n'est pas simplement une sentence d'équité ; elle est l'application de la loi à une espèce particulière ; tel est du moins le schéma classique, qui a présidé à l'adoption d'une structure particulière pour les décisions de justice, même si la réalité s'écarte parfois de ce schéma.

Quelques remarques complémentaires peuvent être faites à ce propos. En premier lieu, il peut arriver que le juge oublie de viser les textes dont il applique cependant les solutions : cette hypothèse reste toutefois exceptionnelle car le juge est aidé dans sa recherche des textes, outre la connaissance personnelle qu'il peut en avoir, par les conclusions des parties et, pour le Conseil d'Etat, par la mise à sa disposition du travail du Centre de coordination

(13) *Ibid.*, M. Leboulanger, pp. 162, 163, 164.

(14) Cf. pour un exemple récent, C.E. 14 novembre 1969, Houdebert, *A.J.D.A.*, 1970, p. 238, ou encore T.A. Rennes, 24 décembre 1969, Compagnie générale des Eaux, *A.J.D.A.*, 1970, p. 172. La même technique a d'ailleurs été adoptée dans un arrêt d'assemblée, C.E. 27 février 1970, Dautan, *A.J.D.A.*, 1970, p. 356. En sens inverse, cf. C.E. 28 janvier 1970, consorts Philip-Bingisser, *A.J.D.A.*, 1970, p. 361 ou C.E. 27 février 1970, Saïd Ali Tourqui et autres, *A.J.D.A.*, 1970, p. 231 et chron. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, *ibid.*, p. 220.

(15) La jurisprudence en ce sens est constante, C.E. 4 juillet 1928, Sautel, *Leb.*, p. 853, ou plus récemment C.E. 11 mars 1960, Min. de l'Agriculture c. Cayla, *Leb.*, p. 192.

(16) En ce sens, C.E. 31 décembre 1919, Moine, *Leb.*, p. 973. Toutefois, la jurisprudence se montre plus libérale lorsqu'elle admet que les décisions rédigées par des magistrats non professionnels puissent ne pas contenir de visas classiques, dès lors que la décision révèle que l'ensemble des moyens et conclusions des parties ont été connus du juge et examinés par lui : cf. C.E. 2 février 1962, Guy d'Arnal, *Leb.*, pp. 1072-1086. Cf. sur l'ensemble de la question, R. Odent, *Contentieux administratif*, t. II, pp. 475-476.

(17) Le visa des textes est inconnu de l'ancien Régime et n'apparaîtra pas avant la Constitution du 5 frimaire an III. Cf. Tony Sauvel : « Histoire du jugement motivé », *R.D.P.*, 1955, p. 14.

et de documentation (18). La sanction du défaut de visas des textes appliqués est l'annulation de la décision (19).

Des hypothèses plus exceptionnelles méritent aussi d'être signalées. Tel, par exemple, un arrêt déjà ancien du Conseil d'Etat, l'arrêt Clouzard (20). Dans cette espèce, le Conseil d'Etat étend au département l'interdiction de compromettre posée par les articles 1004 et 83 du Code de Procédure civile qui, dans leur lettre, ne concernaient que « l'Etat, le domaine, les communes et les établissements publics... » (21). A ce sujet, MM. Léon Mazeaud et G. Vedel notent : « Etant donné que l'arbitrage en général est licite dans son principe, l'interdiction faite au département de recourir à l'arbitrage ne peut avoir sa source que dans une interprétation constructive et souple des articles 83 et 1004 du Code de procédure » (22).

Sans doute doit-on remarquer que dans l'arrêt précité, le Conseil d'Etat ne vise pas expressément les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile, mais se borne à affirmer que « les départements ne peuvent déroger aux règles de compétence établies par la loi » (23).

L'espèce fournit ainsi à la fois l'exemple de l'application d'un texte qui ne figure pas expressément dans les visas de la décision, et celui d'une interprétation constructive de ce même texte par le juge (24).

Il arrive également que, curieusement, le juge vise des textes anciens, auxquels personne ne pensait plus et qu'il redécouvre au prix d'une fouille dans les hypogées du droit, qui relèvent plus de l'archéologie juridique que des méthodes ordinaires du droit » (25) ; ainsi la loi des 7-14 octobre 1790, qui a constitué pendant des années la base législative de la construction du recours pour excès de pouvoir (26), n'a été « découverte » par le juge administratif que plus de trente années après les débuts du Conseil d'Etat, exactement en 1832 (27).

(18) Celui-ci réalise en particulier un *formulaire général de la Section du Contentieux*, remis à jour périodiquement, et qui par les modèles d'arrêts qu'il comporte en annexe fait immédiatement connaître au juge les visas « classiques » correspondant à la catégorie de litiges qui lui est soumis. Par exemple, en cas de désistement, les visas classiques seront constitués par l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953, d'autre part, par la loi du 4 août 1956. En rapprocher l'hypothèse de l'erreur de visa, C.E. 5 juin 1957, Stern, *Leb.*, p. 378 qui vise l'ordonnance du 31 juillet 1945 à propos de l'appel contre un jugement de Tribunal Administratif ; cf. encore R. Odent, *op. cit.*, T. II, p. 403, note 1.

(19) C.E. Sect. 16 décembre 1932, Colonie de la Nouvelle-Calédonie, *Leb.*, p. 1091.

(20) C.E. 17 juillet 1896, Clouzard, *Leb.*, p. 584.

(21) Ces textes ne pouvaient évidemment concerner les départements qui, au moment de la rédaction du Code, n'avaient pas la personnalité juridique.

(22) L. Mazeaud et G. Vedel : « Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ? » *Ch. Jur. Elec. et Gaz*, 1950, pp. 225 et s.

(23) C'est pourtant nécessairement dans les textes qu'il faut chercher le fondement de la solution adoptée ; et non dans le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, puisque, en l'espèce, l'arbitre choisi était le Conseil de Préfecture.

(24) Simplement, on remarquera que la démarche suivie ici par le juge, n'est à aucun moment révélée dans la décision ; et que la solution de principe adoptée fait un peu figure de Minerve sortant toute casquée du cerveau du roi des dieux. Mais Minerve, il est vrai, était La Sagesse...

(25) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 254.

(26) Cf. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1896, 2^e édition, 2 vol. in-4°, t. II, pp. 372 et s.

(27) C.E. 15 mars 1832, héritiers de Buisseudes, *Leb.*, pp. 88 et s.

Il est clair, alors, que le texte n'est pas la cause de la décision ; il n'est qu'une autorité que le juge recherche et découvre pour conforter la solution qu'il a déjà adoptée ; la construction classique, celle dans laquelle les visas sont le rappel des textes qui régissent l'espèce, cède la place à une construction qui considère les textes comme de simples justifications de la décision de justice (28) ; dans le premier cas, les textes sont envisagés *a priori* et comme le fondement de la décision ; dans le second, ils n'interviennent dans l'esprit du juge qu'*a posteriori*, et comme arguments supplémentaires à faire valoir en faveur de la solution consacrée par l'espèce.

Enfin, il est à peine nécessaire de rappeler que les visas n'incorporent jamais la référence aux règles de droit dont l'origine n'est ni législative ni réglementaire, telles par exemple les règles jurisprudentielles. En revanche, il arrive que celles-ci soient reproduites expressément dans le corps de la motivation.

§ 2. — La motivation

L'obligation de motiver. — La seconde partie de la décision de justice constitue la motivation (29). C'est celle sur laquelle l'attention se porte le plus souvent, d'abord parce que son contenu est différent dans chaque espèce donnant ainsi à la fois le sens réel et le pourquoi de la solution adoptée ; et aussi sans doute parce qu'elle est généralement publié *in extenso*.

La structure logique de la motivation sera examinée en son temps (30) ; pour l'instant, nous pouvons nous limiter à l'énoncé de quelques remarques.

En droit français actuel, toute décision juridictionnelle doit être motivée (31) ; l'insuffisance (32) ou l'imprécision (33) des motifs est une cause d'annulation (34).

Origine historique de la motivation et justification actuelle. — Cette règle est d'ailleurs relativement récente : « les magistrats de Louis XIV et de Louis XVI rendaient des arrêts dépourvus de

(28) M. Latournerie parle alors de la « quête par le juge d'un texte applicable, fût-ce dans les archives du droit ». R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 254.

(29) Cf. M. Leboulanger : « La pratique des jugements et arrêts », *op. cit.*, pp. 193 à 224 ; sur le caractère obligatoire de la motivation, *ibid.*, pp. 218 et s.

(30) Cf. *infra*, section III de ce chapitre.

(31) L'obligation de motiver est périodiquement rappelée par la Haute Assemblée, cf., par exemple, C.E. 24 octobre 1962, Dame Vve Goudchaux et autres, *Leb.*, p. 566 ; la motivation y est présentée comme la condition nécessaire à l'exercice du contrôle de cassation.

(32) C.E. Ass. 20 février 1948, Dubois, *Leb.*, p. 87.

(33) C.E. 16 mars 1960, Dame Landau, p. 199 ; cependant, la motivation implicite sur un point est parfois considérée comme suffisante. Cf. C.E. Sect. 19 octobre 1956, Princeteau, *Leb.*, p. 378.

(34) M. Leboulanger précise très clairement, s'agissant du juge judiciaire — mais ces remarques peuvent être transposées, *mutatis mutandis*, au juge administratif — comment cette règle interne doit être comprise et appliquée par le juge ; il distingue ainsi l'appréciation explicite des moyens des parties, de l'appréciation implicite, de l'appréciation par appropriation, par référence, spéciale, globale ou sommaire. Cf. M. Leboulanger : « La pratique des jugements et arrêts », *op. cit.*, pp. 199 à 204. Cf. également, l'ouvrage de M. Mimin, *Le style des jugements* (Paris, Librairies techniques, 1962), pp. 376 à 391.

motifs... ; ce laconisme de la justice était chose voulue, que les Parlements tenaient pour une de leurs prérogatives » (35). La nécessité d'appuyer toute décision de justice sur un raisonnement rendu public, autrement dit de motiver cette décision, est à mettre à l'actif de la Révolution : elle a été affirmée d'abord par la loi des 11-24 août 1790, reprise pour la Constitution du 5 frimaire an III, puis à nouveau, posée par le Code de procédure civile, le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 avril 1810 (36).

Pour ce qui concerne plus spécialement les décisions du juge administratif, aucun texte ne lui a fait obligation de motiver ces décisions avant le décret du 30 décembre 1962 et la loi du 21 juin 1965. Cependant, dès 1818, le Conseil d'Etat, par un arrêt Fouquet (37) avait affirmé que les arrêtés des Conseils de Préfecture ayant les mêmes caractères que les jugements des tribunaux, « la nécessité de les motiver était d'ordre public » : quelques années plus tard, un arrêt Delucenay (38) a déclaré qu'un Conseil de Préfecture, en ne motivant pas son arrêté « avait contrevenu aux formes substantielles de toute décision en matière contentieuse » (39).

Au demeurant, au-delà des textes, il semble raisonnable d'admettre que la motivation des décisions corresponde à une nécessité sociologique. Le temps de la justice révélée n'est plus : aujourd'hui, le sentiment général accorde au plaideur non seulement la connaissance de ses droits, mais la compréhension de la décision qui les détermine ou les précise.

Comme l'écrit, peut-être en embellissant un peu la réalité, M. Sauvel : « Grâce aux motifs seulement celui qui a perdu un procès sait comment et pourquoi » (40).

L'évolution de la structure des jugements en Angleterre illustre bien cette remarque ; le principe y est toujours que le jugement est composé du seul dispositif ; « la décision du juge anglais ne comporte, à strictement parler, aucun motif » (41), sauf le cas où le juge doit s'attendre à ce que l'on fasse valoir cette décision à l'étranger (42). Et cependant, bien que rien ne l'y contraigne, le juge anglais éprouve le besoin de motiver sa décision, sous forme d'« explications qui sont en droit parfaitement superflues » (43).

(35) T. Sauvel : « Essai sur la notion de précédent », *D.*, 1955, chr., p. 19.

(36) Cf. T. Sauvel : « Histoire du jugement motivé », *R.D.P.*, 1955, pp. 5 à 53.

(37) C.E. 12 décembre 1818, Fouquet analysé, mais non reproduit au *S.*, 1818, t. I, p. 234.

(38) C.E. 28 juillet 1834, Delucenay, *S.*, 1834, II, p. 628 et la note qui précise la portée de la solution.

(39) Cf. sur l'ensemble de la question, T. Sauvel : « Histoire du jugement motivé », *R.D.P.*, 1955, *op. cit.*, pp. 50 et 51.

(40) T. Sauvel : « Histoire du jugement motivé », *R.D.P.*, 1955, *op. cit.*, p. 5 ; « ainsi, l'autorité le cède-t-elle à un essai de persuasion » ajoute le savant auteur.

(41) R. David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (Paris, Sirey, 1948), p. 140.

(42) ... d'après le Foreign Judgements Reciprocal Enforcement Act de 1933.

(43) R. David, *ibid.* ; la remarque est moins vraie d'ailleurs en ce qui concerne les « tribunaux administratifs » nouvellement apparus dans le système juridictionnel anglais. Mais s'agit-il bien de véritables juridictions comparables, par exemple, aux Cours de justice traditionnelle ?...

Contenu restrictif de la motivation. — Ces « explications » n'adoptent d'ailleurs pas la même forme que la motivation des décisions françaises ; ces dernières, on le sait, sont rédigées sous forme d'« attendus » ou de « considérants » (44) relativement brefs, et se présentant comme l'énoncé de propositions incontestables. La « motivation » des jugements anglais ressemble beaucoup plus aux notes des recueils de jurisprudence français : elles sont une sorte de dissertation juridique (45) ; et en empruntent à la fois le volume (46) et le caractère dialectique. Une distinction classique oppose ainsi au sein des jugements anglais le « *ratio decidendi* » (47) aux « *obiter dicta* ».

Le juge administratif français, pour sa part, limite la motivation à ce qui est « *ratio decidendi* » ; il refuse systématiquement de prendre prétexte d'une décision particulière pour se livrer au commentaire écrit de l'ensemble d'une question juridique (48). Tenu de répondre à tous les moyens et conclusions des parties, il veille également à ne pas sortir du cadre concret qui lui a été ainsi indiqué (49).

Symétriquement, on trouve le même souci de précision, mais aussi la même sécheresse (50), dans le vocabulaire employé par le juge dans la motivation de la décision. La majeure partie des décisions administratives française illustre bien cette règle que chaque terme n'a sa place que s'il apporte quelque chose de nouveau à la solution de l'affaire ; les répétitions en sont bannies,

(44) Cette dernière forme est très généralement employée par le juge administratif, sans qu'il faille, semble-t-il y voir une signification particulière.

(45) R. David, *Introduction au droit privé de l'Angleterre*, op. cit., p. 141 ; cf. encore, J. Rivero : « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de justice de la C.E.C.A. », *A.F.D.I.*, 1958, p. 299 : « Avec la forme *attendu* le juge se borne à expliquer ; avec la forme *dissertation*, il se justifie... ; l'*attendu*, en facilitant la lecture, accroît le rayonnement de la jurisprudence ; la forme *dissertation*, en liant davantage l'arrêt à l'espèce, le destine plus directement aux parties dont il suit pas à pas l'argumentation. »

(46) R. David cite comme exemple de la longueur des décisions anglaises l'affaire Bell, v. Lever (1932) A.C. 161 ; les « explications » des juges y couvrent 110 pages. Cf. encore un arrêt de la C. Cass. italienne, Ch. réunies, 21 mars 1967, *Gaz. Pal.*, 1968, 2, 257. On mentionnera encore ici la longueur exceptionnelle de certaines décisions de justice en Allemagne, qui fut, après la seconde guerre mondiale, considérée comme une des causes de l'engorgement des tribunaux administratifs allemands. Aujourd'hui encore, les décisions de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe sont particulièrement longues.

(47) « The reasons for this decision ».

(48) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », op. cit., pp. 220-221. L'auteur y met en lumière la répugnance naturelle du juge administratif envers toute solution trop catégorique et de portée trop générale qui le lierait, en fait, sinon en droit, pour l'avenir ; en particulier, le juge sera fort peu soucieux de livrer une véritable consultation sur la question, révélant à la fois ses hésitations et ses convictions et son attitude virtuelle face à d'autres questions voisines.

(49) Cf. cependant sur ce point, *infra*, pp. 97 et s.

(50) ... Mais ces deux qualités ne sont pas toujours conciliables ; comme l'écrit à ce propos M. Querrien : « la prudence de son langage (celui du juge administratif) est affaire de méthode : il sait qu'on spéculera sur ce qu'il a écrit ; il préfère l'incertitude à l'erreur ». M. Querrien : « Du droit jurisprudentiel au droit écrit ; la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique », in *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 321. Cf. pour les décisions du juge judiciaire, P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., en particulier p. 99 et dans son ensemble, la première partie de l'ouvrage.

comme les exemples, ou les comparaisons (51), à plus forte raison le genre du « reportage » (52).

De la même façon, le juge se garde, en général (avec quelques rares exceptions de la part des tribunaux administratifs, mais jamais — à notre connaissance — du Conseil d'Etat) de révéler la genèse des recherches juridiques qu'il a menées à bien sur la question ainsi que « les autorités » auxquelles il se réfère (53) ; le style rotale (54) n'a jamais tenté le juge administratif français.

§. — *Le dispositif*

La dernière partie de la décision est constituée par le dispositif (55). Ce dispositif est divisé en articles sans doute par souci de précision et de commodité ; mais c'est là aussi un vestige de l'époque de la justice retenue durant laquelle l'intervention du chef de l'Etat pour sanctionner la proposition du Conseil faisait de celle-ci un décret (56).

(51) ... Quand même, celles-ci ont un rôle dans la méthode de raisonnement du juge (cf. *supra*, chap. I, sect. II), elles ne sont jamais expressément formulées, et n'apparaissent éventuellement que sous forme d'analogie ou d'*a contrario*.

(52) Cf. G. Gorla : « La forza dello stile. Il "reportage" o la massimazione delle sentenze straniere nelle riviste o raccolte italiane », in *Lo stile delle sentenze*, Ricerca storico-comparativa, pp. 30 et s. ; de même, le sommaire qui, dans certaines revues, coiffe la publication de la décision proprement dite, est une manifestation de ce style du « reportage » ; la même remarque peut être faite pour la relation qui est faite des décisions dans les Tables pluri-annuelles du Lebon. Voir également, à ce sujet, P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., pp. 209 à 224, dont les observations ne se limitent pas à la méthode de construction des décisions du juge judiciaire, mais peuvent être étendues aux décisions du juge administratif.

(53) La motivation des jugements est beaucoup plus ancienne en Italie : ainsi l'étude des styles successifs des décisions de justice italiennes est-elle particulièrement riche ; en particulier, certains tribunaux italiens ont adopté jusqu'au XVIII^e siècle, un style de jugement assez particulier ; la motivation de la décision y est constituée par un véritable recopiage d'une consultation demandée sur la question litigieuse à un juriste illustre, non-membre du Tribunal (le plus célèbre reste Bartolo, 1314-1357). Ce style de jugement se perpétue assez longtemps : la Constitution du Piémont de 1723 (livre III, titre XXVII) s'y réfère encore pour interdire aux magistrats cette méthode de jugement. Sur l'ensemble de ces questions, voir les travaux de M. Gorla, en particulier, G. Gorla, *Lo stile delle sentenze. Raccolte di saggi sulla giurisprudenza* (Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1968) ou G. Gorla : « I precedenti storici dell'art. 12, disposizioni preliminari del codice civile del 1942 », extrait de *Il Foro Italiano*, vol. XCII, Fasc. 10 (Roma, 1969), en particulier, p. 10 ; on trouvera également des indications dans Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., et dans Leboulanger, *La pratique des jugements et arrêts*, avec une préface de Ch. Bornet, op. cit.

(54) La tendance à la dissertation juridique est présente également dans le style rotale (du nom de certains tribunaux italiens nommés « Rota ») ; le juge y mentionne en son entier le travail de recherche juridique auquel il s'est livré et les auteurs qu'il a consultés. Ainsi, dans une affaire de Sangro ne Marchetti c. Marchetti (App. Firenze, 30 avril 1875, Annali 1875, II, p. 121), le juge cité Pothier, Dalloz, Toullion, Demolombe et certains textes romains ; il se livre même à un examen critique de la jurisprudence française sur ce point : c'est un bon exemple de style rotale. Espèce commentée par G. Gorla, *Il contratto*, II, 48.

(55) Cf. M. Leboulanger, *La pratique des jugements et arrêts*, op. cit., pp. 225 à 240 et P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., pp. 392 à 400.

(56) On n'avait pas encore alors, du moins dans le domaine du Contentieux administratif, prêté attention à la remarque de Talleyrand « ... si la justice est la dette des rois, cette dette est mieux acquittée quand ils ne s'en acquittent pas eux-mêmes ». Talleyrand, *Mémoires* (Paris, 1967, éd. J. de Bonnot), t. I, p. 182.

Du point de vue de la méthode de rédaction des décisions, il n'y a rien de plus à dire du dispositif de la décision (57) sinon que le dernier article en est toujours rédigé de la même manière : « Expédition de la présente décision sera transmise au Ministre de... ».

C'est en principe au seul dispositif (57) qu'est attachée l'autorité de la chose jugée, celle-ci étant en général relative ; seules ont l'autorité absolue de la chose jugée, parmi les décisions de la juridiction administrative, celles qui prononcent une annulation pour excès de pouvoir (58).

Conclusion de la Section. — Ainsi la décision juridictionnelle n'est-elle pas, en principe, une simple affirmation ; elle doit expliquer ; M. le Doyen Vedel parle « des conditions de clarté d'intelligibilité et de certitude qui, pour la masse des individus, sont les qualités essentielles d'une science juridique » (59).

Et pourtant, nous l'avons constaté, la décision du juge administratif est aussi brève que possible ; elle est même partielle en ce qu'elle refuse de traduire le cheminement intellectuel qu'a suivi le juge : serait-ce qu'elle justifie plus qu'elle n'explique ?...

Et que devient alors cette fonction explicative de la décision dont nous avons dit l'importance ? La vérité est que le juge administratif, pour y satisfaire, utilise encore un autre moyen : il cherche à donner à sa décision le caractère convaincant qui accompagne toute explication logique ; et pour cela, lui impose la forme d'un raisonnement logique et donne à sa décision la structure grammaticale d'une phrase unique.

Section II. — La structure syntaxique des décisions du juge administratif

Plan. — Il est à peine besoin de rappeler que, dans le système juridique français chaque décision de justice s'analyse, du point de vue de la syntaxe, en une seule et unique phrase (§ 1^{er}).

La clarté de la décision conserve cependant ses droits et impose parfois, à l'intérieur de la phrase unique, l'utilisation de certains procédés grammaticaux, qui constituent autant de rupture dans celle-ci (§ 2).

§ 1^{er}. — La méthode de la phrase unique

La méthode en général. — Le principe (60) est que les décisions juridictionnelles françaises sont rédigées suivant la méthode de la phrase unique (61).

(57) ... ainsi qu'aux motifs qui en sont le soutien nécessaire. C.E. 26 juillet 1912, chemin de fer d'Orléans et du Midi, *D.*, 1916, 3, 18, concl. Riboulet ; C.E. sect. 28 décembre 1949, Société des Automobiles Berliet, *D.*, 1950, 1, 383, note Weil.

(58) R. Odent, *Contentieux administratif*, op. cit., t. II, p. 649.

(59) G. Vedel, *Droit administratif*, op. cit., p. 57.

(60) Les atténuations — plutôt que de véritables exceptions — apportées récemment à ce principe par certaines Cours d'appel n'ont jusqu'à présent reçu aucun écho en matière administrative (cf. A. Touffait et L. Mallet : « La mort des Attendus », *D.*, 1968, pp. 123 et s.).

(61) Cf. P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., pp. 187-188.

Du point de vue grammatical, la décision de justice constitue une seule phrase dont la proposition principale est traditionnellement scindée entre le sujet (le Tribunal administratif de ...) qui figure au début de la décision, et un ou plusieurs verbes (par ces motifs, décide ... donne acte ...) qui introduisent le dispositif ; les visas et les motifs constituent ainsi du point de vue syntaxique autant de propositions incidentes ou subordonnées, reliées nécessairement à la proposition principale par des locutions conjonctives (considérant que...) (62), ou par la conjonction « que » ; la rédaction du dispositif accole parfois à la phrase principale des propositions subordonnées écrites au gérondif (« infirmant..., rejetant... ») (63).

Le système de la phrase unique a évidemment pour lui, outre l'élégance des décisions ainsi construites, le caractère de solidité et de cohérence qu'il donne à la décision ; en particulier, il met en évidence l'accord qui existe entre motifs et dispositif, le second apparaissant comme la conséquence logique des premiers (64) ; enfin, il favorise certainement une rédaction des arrêts précise et méthodique (65).

Tous ces arguments méritent sans doute qu'on s'y arrête ; cependant, on ne doit pas oublier que la décision s'adresse d'abord au justiciable et qu'il importe d'en faciliter autant que faire se peut l'intelligence à celui-ci.

À cet égard, une présentation comme celle qu'a adoptée, en 1968, la Cour d'appel de Paris (66) peut sembler séduisante ; elle consiste à adopter le style direct pour la narration des faits de la cause, de la procédure suivie et pour la relation de la requête du demandeur ; la méthode de la phrase unique par « Attendu » n'est conservée que pour la motivation proprement dite de la décision qui conduit au dispositif.

Il est manifeste que, pour un non juriste — c'est le cas de la majorité des plaideurs — la compréhension de la décision est ainsi facilitée. Toutefois, à terme, demeure le risque, en brisant le moule des « considérants » de libérer ainsi la plume du magistrat aux dépens de la concision et la précision du jugement.

La méthode du juge administratif à cet égard. — En tous les cas, il ne semble pas que le juge administratif français ait, dans l'immédiat, l'intention de modifier la structure des décisions qu'il rend ; il reste fidèle à la méthode de la phrase unique. Cependant, il doit garder à l'esprit qu'il ne s'agit là que d'une méthode, que l'élégance n'est pas la première qualité d'une décision, et que cette méthode doit être mise au service d'une bonne compréhension de cette décision par le justiciable.

(62) La Cour de cassation qui, à ses débuts utilisait indifféremment la formule « Attendu que » et la formule « Considérant que », a aujourd'hui abandonné la seconde que conserve cependant une minorité de Présidents de Chambre de Cour d'appel.

(63) On peut se reporter, sur ce point, au tableau très clair dressé à partir d'un exemple concret par P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., p. 188.

(64) Cf. P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., pp. 316-317.

(65) Ibid., pp. 180-181 et surtout pp. 99 à 114.

(66) D'autres juridictions l'avaient précédée dans cette voie, notamment la Cour d'appel de Toulouse. Voir à ce sujet, l'article précité de A. Touffait et L. Mallet : « La mort des Attendus », D., 1968, pp. 123 et s.

A cet égard, d'ailleurs, une remarque doit être faite en faveur de la méthode de la phrase unique : il ne s'agit pas seulement de faire comprendre la décision au plaideur ; il faut aussi le persuader, le convaincre de la pertinence de la solution adoptée. Or, si la méthode de la phrase unique se prête parfois aux critiques, c'est parce qu'elle est peut-être moins facilement accessible au profane que le style direct ; en revanche, par la rigueur qu'elle confère au raisonnement exposé, cette méthode apporte certainement beaucoup au caractère persuasif de la décision ; un peu comme dans ces dialogues antiques où le premier intervenant se trouve finalement en contradiction avec ses prétentions initiales, dont son honnêteté intellectuelle l'oblige à reconnaître l'inanité.

En définitive — et puisque notre rôle ne saurait être d'abord que de constater — la méthode de la phrase unique gouverne la rédaction des décisions du juge administratif français, et, bien comprise, elle présente des avantages qu'on ne saurait ignorer.

§ 2. — Les ruptures dans la phrase unique

Exemples et signification. — Ce n'est pas là dire que la décision de justice doive être un bloc incommode parce que monolithique.

Au contraire, la bonne intelligence de cette décision par le justiciable impose que les développements y soient exposés successivement, que chaque élément nouveau qu'apporte le juge soit matériellement isolé du précédent.

Pour ce faire, le juge dispose dans la rédaction de la décision de divers moyens (67) : il peut aller à la ligne et commencer la phrase nouvelle par un nouveau « considérant », parfois précédé ou immédiatement suivi d'une conjonction qui en précise le lien logique avec la phrase précédente (« *mais* considérant que..., considérant *toutefois* que... ») ; dans d'autres cas, il peut simplement reprendre, sans alinéa, la conjonction « *Considérant* que... » toute entière devant une nouvelle proposition circonstancielle.

Enfin, dans certains cas, le juge se contente de reprendre la simple conjonction « *que* ».

Mais dans le choix de l'un ou de l'autre de ces modes de rédaction, le juge ne doit certainement pas se considérer comme soumis à sa seule fantaisie. Chacune de ses constructions a sa signification.

Ainsi, le passage à la ligne marque-t-il une pause dans le raisonnement, ou bien l'apparition d'une autre proposition dont la fonction est la même dans la motivation (68). La répétition de la formule « *considérant* que », sans passage à la ligne, est assez rare : elle est, en général, utilisée pour figurer au sein d'un même développement des considérations de nature différente, voire opposées.

(67) Cf. P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., p. 197.

(68) Dans ce dernier cas, le juge utilise généralement la formule « *considérant*, d'une part, que... » ; à la ligne, « *considérant*, d'autre part, que... » ; cf. par exemple, C.E. 12 juillet 1969, Jacquier, *Leb.*, p. 874, qui illustre cette méthode ; ou encore, C.E. 29 octobre 1969, commune de Labeuvrière, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 244 et s. ; en sens contraire, cf. C.E. 4 mars 1970, *S.C.I.* « Les trois roses » et « Les quatre roses », *A.J.D.A.*, 1970, p. 294, concl. Rougevin-Baville.

Quant à l'emploi de la conjonction « que » à l'intérieur d'une même strophe de la décision, il a le mérite d'alléger le style tout en permettant le développement du même argument, et apporte en principe la suite logique de la phrase précédente (69).

Ainsi, le juge doit-il adopter une méthode de rédaction qui se tienne également à l'écart d'un style haché et saccadé, marqué par des alinéas trop nombreux, qui ne donnerait qu'une fausse apparence de clarté à la décision (70), et d'un style compact qui, en particulier, en utilisant indifféremment la locution conjonctive « considérant que » et la conjonction simple « que », ne permettrait pas de faire le partage entre ce qui est prétention des parties et ce qui est position du juge (71).

Enfin, il faut signaler que le juge administratif a parfois — spécialement au cas de décision particulièrement longue — à diviser matériellement la décision en sous-titres différents correspondant chacun à un des moyens soulevés par le requérant (72). Ces subdivi-

(69) La conjonction « que », utilisée isolément, peut marquer ainsi la suite logique de la phrase précédente, cf. par exemple, C.E. Ass. 27 février 1970, Dautan, *A.J.D.A.*, 1970, p. 356 : ... « *Considérant que* le requérant n'a pas, en sa qualité d'officier de réserve, le même intérêt à critiquer l'acte réglementaire fixant les limites d'âge applicables à ces officiers et la décision individuelle qui lui refuse un avancement desdites limites d'âge ; *qu'ainsi*, faute pour le requérant d'avoir présenté deux requêtes distinctes à l'encontre du rejet implicite de ses demandes, seules les conclusions dirigées contre l'arrêt du 22 mai 1967, premier désigné dans la requête, sont recevables. » Un exemple plus classique est tiré de la formule habituellement employée par le Conseil d'Etat en cas de jonction des recours : « *Considérant que* les recours susvisés sont dirigés contre un même jugement... ; *qu'il y a lieu de les joindre pour y statuer par une seule décision.* »

(70) Cf. les exemples donnés par P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., pp. 198-199.

(71) Cf. P. Mimin, *Le style des jugements*, op. cit., pp. 178 et s. La locution conjonctive « *Considérant que* » en cours de décision signifie que le juge reprend la parole après, par exemple, une phrase du type « *Considérant que* le requérant allègue que... » ; dans une telle hypothèse, l'utilisation subéquente de la simple conjonction « que » ne permettrait pas, du seul point de vue de la syntaxe, de savoir s'il s'agit toujours des prétentions du requérant ou de l'appréciation du juge lui-même. Les exemples n'en sont pas très fréquents, et le sens général de la décision met, dans la très grande majorité des cas, le lecteur à l'abri de tout contresens. Ainsi, dans un arrêt C.E. Sect. 13 mars 1970, Min. Affaires culturelles c. dame Benoist d'Anthenay, *A.J.D.A.*, 1970, p. 230, la rédaction grammaticalement incorrecte du troisième considérant est cependant à l'abri de toute erreur d'interprétation en raison du sens général de la décision. « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que* la Commission départementale des sites... ; *que* c'est dès lors à tort que le Tribunal administratif pour annuler l'arrêt, a... ». Dans cette espèce, il est clair que le juge se livre d'abord à l'analyse du dossier pour ensuite reprendre la parole. Toutefois, d'un point de vue de pure grammaire, la seconde conjonction « que » pourrait introduire une phrase subordonnée comme la précédente, à la proposition « il ressort des pièces du dossier ».

(72) Ainsi, C.E. 29 octobre 1969, commune de Labeuvrière, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 244 et s. dans lequel le juge énonce les sous-titres suivants : « Sur la recevabilité de l'appel », « Sur la régularité du jugement attaqué » ; « Sur les conclusions relatives à la mesure de suspension » ; « Sur les conclusions relatives à la mesure de révocation ». Cf. encore une décision particulièrement délicate, qui a donné lieu à un arrêt d'Assemblée, C.E. Ass. 31 octobre 1969, Syndicat de défense des canaux de la Durance et sieur Blanc, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 252 et s. ; le juge y étudie, dans des sous-titres successifs, la légalité des divers articles de l'arrêt attaqué. Le même type de construction est particulièrement utilisé dans un arrêt récent : C.E. Ass. 12 décembre 1969, André et Syndicat national de l'Education physique de l'Enseignement public, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 366-367, observations V.S.

visions sont aujourd'hui d'usage fréquent (73) et facilitent la lecture de la décision aussi bien pour son destinataire immédiat que pour ceux qui s'y référeront par la suite pour en connaître la portée.

Section III. — La structure logique des décisions du juge administratif

Présentation de la question et plan. — Les remarques précédentes relatives à la construction grammaticale des décisions du juge administratif ne prêtaient guère à difficulté ; plus délicate est la question de savoir si la méthode de rédaction des décisions qu'adopte le juge conduit à couler celles-ci dans le moule d'une figure logique toujours la même.

On pense immédiatement à la forme syllogistique (§ 1^{er}) ; mais on ne saurait oublier que le juge s'en évade fréquemment pour adopter une méthode de rédaction logique que l'on peut qualifier de « narrative » (§ 2).

§ 1^{er}. — La construction syllogistique de la décision

Raisonnement syllogistique et syllogisme de construction. — Une première remarque est très nécessaire : le syllogisme de construction, que nous examinons maintenant, est différent du raisonnement syllogistique (74). Sans doute ceux-ci peuvent-ils parfois correspondre : la rédaction du jugement reproduit alors fidèlement la démarche de pensée du juge ; mais il n'y a là aucune nécessité ; car de toutes les façons, leur fonction respective est fondamentalement différente : le raisonnement syllogistique peut éventuellement guider le juge ; le syllogisme d'exposition est un moyen que celui-ci

(73) Les sous-titres les plus fréquemment employés sont les suivants :

- 1° Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le Ministre de ...
- 2° Sur la recevabilité de la requête ... Au fond ... (pour un recours de plein-contentieux).
- 3° En ce qui concerne les conclusions tendant à ...
- 4° Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ...
- 5° Sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête ... (annulation d'office).
- 6° Excès de pouvoir :
 - a) Sur la régularité de la procédure
 - Sur la légalité de la décision attaquée
 - b) Sur le moyen tiré de la violation de l'art. ... de la loi du ...
 - ou
 - Sur le moyen tiré de ce que
- 7° Plein-contentieux :
 - a) Sur la régularité du jugement attaqué
 - Au fond
 - b) Sur la responsabilité
 - Sur le préjudice
 - Sur les intérêts
 - Sur les intérêts des intérêts

Cf. *Formulaire général de la Section du Contentieux*, précité.

(74) Nous avons dit l'emploi éventuel de celui-ci par le juge. Cf. *supra*, titre I.

utilise parfois lors de la rédaction de la décision pour satisfaire à ce que nous avons appelé la fonction explicative de la décision.

Cette distinction est capitale, mais semble souvent perdue de vue, au point que certains reprochent au juge une « hypocrisie » qui consisterait à n'utiliser le syllogisme que « ex post », sans que cela corresponde au raisonnement par lui suivi (75).

Un tel reproche n'a aucun sens : la construction syllogistique de la décision peut se justifier par elle-même, alors même qu'elle ne traduit pas le raisonnement suivi par le juge ; elle contribue en effet, par l'apparence de cohérence et d'impartialité qu'elle confère à la décision, à ce que cette dernière soit mieux comprise et, partant, mieux admise des plaideurs.

L'origine du syllogisme de construction est certainement très ancienne ; son adoption correspond, dans le domaine judiciaire, à la reconnaissance du caractère démonstratif et persuasif du raisonnement logique. Duguit analyse la décision de justice comme un syllogisme (76) et attribue la paternité de cette analyse à Laband. En réalité, celle-ci, comme le rappelle M. Hufteau (77) est bien antérieure (78). Toutefois, chez ces auteurs, la distinction n'est pas explicite entre raisonnement syllogistique et syllogisme de construction. Il n'y a pourtant aucune nécessité à lier les deux, à vouloir voir dans le second la traduction du premier ; et — semble-t-il — cela n'irait pas même sans quelques inconvénients ; en particulier, celui de limiter la faculté de libre raisonnement du juge, et surtout inversement d'écarter dans de nombreuses hypothèses la forme syllogistique pour la rédaction de la décision, ce qui se ferait au détriment de la fonction explicative de cette décision : comme l'écrit M. Hébraud : « La logique judiciaire n'est pas d'abord une logique de contrainte intellectuelle, mais une logique de persuasion » (79).

Analyse du syllogisme de construction. — Quant à l'élaboration du syllogisme de construction, celle-ci est toujours fidèle au schéma que livrait Garat l'Aîné à l'Assemblée Nationale (80) ; il avait, lui, parfaitement perçu la technique du syllogisme de construction.

« 1° Dans la majeure, retracer une vérité générale avouée de tout le monde, et par conséquent la loi dans le syllogisme — jugement, car il n'y a là de vérité générale qu'avouée par la loi ;

2° Dans la mineure, déterminer le rapport particulier du sujet contentieux à la vérité générale et par conséquent, dans le juge-

(75) Cf. les références données, *supra*, pp. 57 et s., et en particulier, l'exposé que fait de ces arguments J. Maury : « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Etudes en l'honneur de G. Ripert*, *op. cit.*, pp. 31-32.

(76) Duguit, *Leçons de droit public général* (Paris, 1926), en particulier, p. 184.

(77) Y. Hufteau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, *op. cit.*, p. 38, note 1.

(78) Cf. encore, les arguments de Voysin de Gartempe, lors de la discussion de la loi du 30 juillet 1828, relative à l'interprétation des lois (séance, Ch. Députés, du 22 mai 1828. *Archives parlementaires*, 2^e série, t. LIV, p. 208, al. 1) : « Un jugement n'est autre qu'un véritable syllogisme, dont la loi, les actes ou les faits sont les prémisses (majeure ou mineure) et la sentence, la conséquence. »

(79) P. Hébraud, *La logique judiciaire*, Rapport introductif, *op. cit.*, p. 33.

(80) *Opinion de M. Garat l'Aîné contre les plans présentés par MM. Duport et Sieyès à l'Assemblée nationale* (1 vol. in-8°, Paris, an. I).

ment syllogisme, le rapport à ce sujet, ou du fait contentieux à la loi, car il n'y a là d'autre vérité que celle que la loi détermine ;

3° Dans la conséquence, déclarer ce que la loi ordonne du sujet contentieux, car, là encore, ainsi que dans la majeure et dans la mineure, la loi seule est la vérité suprême qui règle tout ».

Laissons, pour la retrouver bientôt (81), la question de savoir si, en matière administrative, la loi est bien toujours à même de constituer la majeure du jugement syllogisme ; et retenons simplement la volonté ainsi exprimée de présenter la décision de justice comme le terme d'un enchaînement logique, apte à persuader le plaideur de la pertinence de la solution adoptée.

D'autre part, il convient de rappeler que si les visas constituent bien, pour partie, une référence aux textes qui reçoivent application en l'espèce, ceux-ci sont cependant impropres à constituer la majeure du jugement syllogisme ; celle-ci n'existe que lorsque le contenu de telle disposition générale est explicité dans le corps même de la motivation de la décision ; car il est clair que c'est seulement dans ce cas que les parties sont à même de suivre et de comprendre le développement d'un raisonnement logique.

Emploi qui en est fait par le juge administratif. — Reste à préciser quel emploi le juge administratif fait effectivement de la méthode de construction d'un jugement syllogisme.

Incontestablement, le juge administratif y a fréquemment recours ; encore que ses décisions se présentent le plus souvent sous la forme d'un syllogisme d'exposition de nature complexe, incorporant successivement : le rappel des textes législatifs et réglementaires souvent cités expressément, l'interprétation par le juge de ces textes, les faits et enfin la conclusion du syllogisme, qui est simplement reprise sous une forme constructive dans le dispositif (82).

La construction de la décision suivant le schéma du syllogisme se rencontre le plus fréquemment dans le contentieux fiscal ou dans celui de la fonction publique, domaine où les textes législatifs et réglementaires sont particulièrement nombreux ; elle est plus rare dans les matières où la construction jurisprudentielle a la première place, comme le domaine de la responsabilité, le contentieux des droits acquis, ou encore les travaux publics.

Pour nous résumer, il faut affirmer que la construction du jugement syllogisme est volontiers adoptée par le juge administratif ;

(81) Cf. *infra*, partie II, chap. prélim.

(82) Cf. à titre d'exemple, C.E. 22 mai 1968, Soc. X..., *Leb.*, p. 324 ; C.E. 15 mai 1968, Min. des Finances c/ Soc. X..., *Leb.*, p. 310, sur le premier moyen ; C.E. 26 juin 1968, Aurgan et Moulounguet Doleris, *Leb.*, p. 396 (sur le fond), qui adopte la même structure que C.E. 8 mai 1963, Malézieux, *Leb.*, p. 278 ; ces deux derniers arrêts présentent d'ailleurs, sous couleur d'une simple application de la loi, une interprétation constructive de celle-ci par adoption d'une condition supplémentaire, que la loi ne retient pas, et que le juge introduit de son propre chef. Cf. encore C.E. 29 avril 1955, Durand, *Leb.*, p. 229, qui présente également, du point de vue logique, un syllogisme en quatre temps, la majeure se décomposant en énoncé de la loi et interprétation de celle-ci ; C.E. 9 novembre 1950, Soc. X..., *Leb.*, p. 539, adopte le même schéma ; ou bien C.E. 1^{er} juillet 1955, Caisse de Compensation de l'Organisation autonome nationale de l'Industrie et du Commerce, *Leb.*, p. 381 ; cette dernière décision correspond, du point de vue logique, à un polysyllogisme de construction.

mais que cette construction trouve une limite naturelle dans les carences et la pauvreté de la législation administrative.

La construction de la décision par enthymème. — Et encore cette première conclusion doit-elle être nuancée : dans les matières dans lesquelles les règles de droit sont principalement d'origine jurisprudentielle, le juge administratif adopte généralement, pour la rédaction de ses décisions, une forme qui correspond à une logique très proche de celle du syllogisme : l'enthymème (83).

Cette figure logique a déjà (84) été définie comme une variété de syllogisme dont la majeure serait passée sous silence ; parce qu'alors celle-ci correspond à une règle générale communément admise et bien connue, point n'est besoin de la formuler expressément.

Aristote avait déjà révélé à la fois le danger et l'habile utilité de cette tournure logique : elle permet de faire implicitement admettre une règle générale, cependant non révélée, à celui qui en admet les conséquences (85).

C'est cette méthode d'exposition logique que retient le juge administratif lorsqu'il fait application — et lorsqu'il crée une règle jurisprudentielle. Dans ce cas, le juge n'expose pas — sous quelque forme que ce soit (86) — la règle jurisprudentielle qui commande logiquement la solution adoptée pour l'espèce (87).

Un exemple en est fourni par l'arrêt d'Assemblée précité Sieur Dautan (88), par lequel il est décidé : « qu'ainsi, faute pour le requérant d'avoir présenté deux requêtes distinctes à l'encontre du rejet implicite de ses demandes, seules les conclusions dirigées contre l'arrêté du 22 mai 1967, premier désigné dans la requête sont recevables » ; manque la proposition qui constitue la majeure du syllogisme : en cas de requête unique dirigée contre plusieurs actes, sauf connexité, seule la première mentionnée sera prise en considération (89).

Le juge n'estime pas opportun de rappeler expressément une règle d'origine jurisprudentielle ; on peut cependant constater que c'est au détriment de la bonne compréhension de la décision par ceux à qui elle s'adresse d'abord et qui ne connaissent pas nécessai-

(83) Aristote avait (*Rhétorique*, I, 1, 1355 a) précisé les rapports du syllogisme et de l'enthymème : « L'enthymème est ... un syllogisme d'une certaine espèce. » L'exemple que donne le stagirite est le suivant : « Pour conclure que Doréius a reçu une couronne comme prix de la victoire, il suffit de dire : il a été vainqueur à Olympie (mineure) ; inutile d'ajouter : à Olympie, le vainqueur reçoit une couronne (majeure), c'est un fait connu de tout le monde. » (Aristote, *Rhétorique*, I, 2, 1357 a, lignes 16 et s.).

(84) Cf. *supra*, p. 59.

(85) Le stagirite recommandait cette tournure logique aux orateurs, comme un procédé qui permet de faire endosser à l'interlocuteur telle proposition à laquelle il n'a pas expressément souscrit. Exemple : X... est brave (mineure) : il mérite votre amitié (conclusion), d'où la majeure présumée : tous les braves méritent votre amitié.

(86) ... Sauf à reprendre une formule classique dans le corps de la motivation. Cf. *infra*, seconde partie, titre II.

(87) Cf. J. Rivero, *E.D.C.E.*, 1955, p. 35.

(88) C.E. Ass. 27 février 1970, Dautan, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 356-357.

(89) Cf. par exemple : C.E. 27 juillet 1949, Brandt, *Leb.*, p. 781 ; sur la connexité de plusieurs actes, cf. la formule utilisée par l'arrêt C.E. 22 mars 1918, Truc, *Leb.*, p. 299.

rement la subtilité de la jurisprudence administrative. On peut sans doute y voir aussi une règle de prudence et de sagesse, le juge préférant la discrétion à une assimilation en la forme des règles qu'il a lui-même créées, aux lois et règlements.

La forme syllogistique — ou son dérivé, l'enthymème — est fréquemment utilisée par le juge administratif pour la construction des décisions qu'il rend ; moins systématiquement cependant que par le juge judiciaire ; et certaines décisions de justice administrative abandonnent parfois complètement la construction syllogistique.

§ 2. — *La construction narrative de la décision*

De quoi s'agit-il. — Sans doute parce que parfois l'artifice du syllogisme de construction semble au juge impropre à expliquer et à convaincre, il préfère opter pour un style de rédaction cursif, libre ; on peut alors parler de construction narrative de la décision.

Ce n'est pas que, dans de semblables hypothèses, le juge méprise la force persuasive du raisonnement logique. Au contraire, la décision se présentera souvent comme une suite de déductions logiques ordonnées les unes par rapport aux autres, ou simultanément orientées vers une même conclusion ; simplement ces déductions successives n'adoptent pas la forme un peu artificielle du syllogisme, mais sont livrées successivement à l'attention des plaideurs, sans que la décision dans son ensemble puisse être rattachée à une figure logique particulière.

On peut penser que, dans ces cas-là, la structure de la décision traduit plus fidèlement la démarche de pensée qui a été celle du juge ; la rédaction est plus libre : elle se rapproche davantage du travail d'examen de l'espèce auquel le rédacteur s'est préalablement livré ; à la limite, on pourrait y voir une sorte d'invite du rédacteur de la décision au destinataire de celle-ci à refaire avec lui le travail de réflexion et de recherche de la solution, qui a précédé la rédaction de sa décision.

Exemples positifs. — Une décision de Section du Conseil d'Etat (90) illustre assez bien cette méthode de rédaction : l'arrêt débute par la construction d'un syllogisme de type classique ; mais la conclusion sur laquelle le syllogisme débouche sert à son tour de point de départ à une série de déductions simples qui conduisent finalement à la solution retenue. Une décision comme celle-ci aurait pu être construite sur la forme logique du polysyllogisme ; son rédacteur a cependant préféré, dans un second temps, une méthode de rédaction plus directe, plus incisive, qui s'analyse en une série de déductions logiques simples débouchant rapidement sur la solution retenue.

Dans d'autres cas, c'est la nature même du litige qui interdit au juge la construction syllogistique ; ainsi, lorsque, par exemple,

(90) C.E. Sect., 1^{er} juillet 1955, Caisse de Compensation de l'Organisation autonome nationale de l'Industrie et du Commerce, *Leb.*, p. 381.

aucune règle générale n'existe en la matière qui soit à même de constituer — même implicitement — la majeure du syllogisme. Ainsi, dans un arrêt sieur Allemand (91), le juge annonce immédiatement qu'il lui faut rechercher la solution « à défaut de texte fixant le quorum du Conseil de discipline ». Il est clair qu'alors l'utilisation d'un syllogisme de construction n'aurait aucun sens, faute d'une règle susceptible d'en constituer la majeure, et qui pré-existerait à l'espèce particulière (92).

Parfois, il arrive aussi que la construction de la décision soit purement narrative ; le juge ne se soucie pas d'adopter telle ou telle forme de construction logique ; il *raconte* successivement les faits, la procédure, les réflexions qui ont été les siennes et la solution qu'il impose. Toutefois, le style de la décision, par sa brièveté, sa netteté et son orientation univoque, interdit tout rapprochement avec les décisions du juge anglais, par exemple.

De cette construction narrative, on ne citera que quelques exemples (93). Tel un arrêt Pech (94) assez récent : la Haute Assemblée s'y livre à une véritable narration des circonstances de l'affaire (un rapt d'enfant dans une maternité suivi du décès de celui-ci) ; et relève un certain nombre d'éléments de fait qui concourent tous, parce qu'ils traduisent l'organisation défectueuse de l'établissement, à la condamnation de celui-ci à la réparation du dommage.

Enfin, le juge se donne parfois le luxe de révéler dans la décision plusieurs des motifs qui l'ont conduit à adopter telle solution (95). L'arrêt Jacquier (96) a déjà été mentionné, par lequel le juge juxtapose trois motivations différentes dont chacune suffisait à justifier la décision de droit retenue ; mais dont aucune, à elle seule, n'aurait convaincu le requérant du bien-fondé de la solution adoptée (97).

Le juge se souvient alors que la décision de justice n'est pas simplement la mise en marche d'un mécanisme d'application des règles juridiques, mais qu'il lui faut également expliquer et essayer de convaincre les parties intéressées par la décision (98).

(91) C.E. 29 avril 1955, sieur Allemand, *Leb.*, p. 224.

(92) Cf. encore, sur le même modèle, C.E. 4 octobre 1967, sieur Wattebled, *Leb.*, p. 351.

(93) Voir en outre C.E. 27 octobre 1950, Ville de Paris et Département de la Seine, *Leb.*, p. 520 ; C.E., Sect., 17 juin 1955, Bernard, *Leb.*, p. 338 ; C.E. 27 mars 1968, Chirot *et a.*, *Leb.*, p. 206 ; C.E. 26 juin 1968, Département de la Seine c/ Dlle Dissset, *Leb.*, p. 396.

(94) C.E. 9 juillet 1969, époux Pech, *A.J.D.A.*, 1970, p. 181.

(95) Les hypothèses sont plus fréquentes qu'on ne l'écrit souvent ; il est clair, d'ailleurs, qu'ainsi le juge, en relevant plusieurs motifs qui le conduisent concurremment et indépendamment à statuer dans un sens défini, manifeste sa préoccupation du caractère persuasif de la décision qu'il rend.

(96) C.E. 12 juillet 1969, Jacquier, req. n° 76.020, précité.

(97) Cf. encore un jugement du Tribunal administratif de Toulouse, 28 octobre 1969, Despeyriès c/ Département de l'Aveyron et Commune de Saint-Geniez-d'Olt, req. n° 6.482, non publié à ce jour, dans lequel le juge ne refuse pas la discussion au fond alors qu'il avait déjà invoqué l'autorité de la chose jugée pour écarter les contre-propositions des défendeurs. Au demeurant, de telles constructions sont plus fréquemment le fait des tribunaux administratifs, soumis au contrôle du juge d'appel, que de la Cour souveraine.

(98) Signalons déjà que l'existence de cette « motivation superflue » doit aussi être interprétée parfois comme annonçant l'expression d'une règle jurisprudentielle nouvelle (cf. *infra*, p. 226 et s.).

Conclusion du chapitre. — La rédaction de la décision ne peut pas être la simple transposition écrite du travail de réflexion et de raisonnement du juge administratif ; nul ne saurait s'en étonner ni s'en choquer, à moins d'oublier que l'obligation de rendre des décisions publiques et motivées a d'abord pour objet de confier au juge, non seulement la mission d'expliquer aux parties la pertinence de la solution qu'il adopte, mais aussi celle beaucoup plus délicate, de les en convaincre, si possible.

Pour satisfaire à cette mission, le juge administratif a le choix entre plusieurs méthodes ; et ce choix même est chose nécessaire : tel type de construction qui apporte beaucoup à la force de conviction d'une espèce définie, peut paraître pur artifice, voire hypocrisie dans tel autre cas.

La construction syllogistique, dont la valeur persuasive est évidente (99), ne saurait être présentée comme une panacée juridictionnelle ; elle a son rôle lorsqu'elle contribue à la bonne compréhension de la solution ; elle doit être écartée dans les autres cas.

Au demeurant — sans vouloir, et d'abord par ignorance, sortir du cadre de notre étude —, peut-être pourrait-on penser que ce rôle avant tout explicatif de la décision de justice, a été mieux compris du juge administratif que du juge judiciaire.

D'abord, sans doute, parce que la législation administrative dispersée, à la fois trop abondante et pauvre, n'a jamais permis de présenter systématiquement la décision du juge administratif comme l'application syllogistique du droit écrit. Ainsi, le syllogisme de construction, compris comme une méthode rédaction parmi d'autres, est-il toujours beaucoup mieux séparé du raisonnement syllogistique.

On n'a jamais prétendu que le juge administratif n'avait d'autre rôle que d'appliquer à des espèces particulières le droit écrit. On a voulu limiter la mission du juge judiciaire à cette application mécanique de la loi ; cela s'est fait aux dépens de la réalité ; et aujourd'hui où la complexité et la richesse de la mission de tout juge sont généralement admises, certains en viennent à critiquer le mode de rédaction des décisions parce que celui-ci ne traduirait pas la démarche intellectuelle du juge.

C'est au fond ressusciter la même erreur : vouloir lier méthode de raisonnement du juge et méthode d'exposition de la solution ; alors que le juge doit d'abord découvrir la solution la plus conforme au droit ou la plus juste ; puis ensuite, parce que la justice est d'abord faite pour les plaideurs, choisir la méthode d'exposition de la solution qui lui semble la mieux à même d'emporter la conviction. Ces deux démarches peuvent coïncider, mais il n'y a là aucune nécessité logique.

Ajoutons que si, incontestablement, on ne doit pas passer sous silence la fonction explicative de la décision de justice, on ne saurait non plus, en l'état actuel, considérer qu'elle est toujours pleinement assurée. L'ésotérisme des décisions du juge administratif,

(99) ... Même si, comme nous l'avons dit (cf. *supra*, pp. 67 et s.), le raisonnement syllogistique est en général impropre, à lui seul, à guider le travail de recherche et de réflexion du juge.

un certain mystère qui ne répugne pas à celui-ci (100), comme plus simplement le laconisme de la majorité des décisions, ou l'imprécision de certaines règles (101), telles les règles de compétence (102), tous ces éléments ont tendance à contrarier le caractère démonstratif qui devrait être celui de la décision. Ainsi, M. Rivero n'hésite-t-il pas à écrire : « Notre droit administratif est par certains aspects, une œuvre essentiellement aristocratique, élaborée pour et par le salon du Palais-Royal » (103).

Il reste, que dans un schéma idéal, la rédaction des décisions de justice doit d'abord mettre en relief la fonction très particulière du juge qui donne sa solution à un différend avec l'autorité de la chose jugée : l'adoption d'un certain formalisme en est la manifestation. En second lieu, le juge ne saurait, en règle générale, être dispensé d'expliquer aux intéressés la solution qu'il leur impose : aussi la décision adoptera-t-elle parfois une structure logique particulière qui vise à expliquer et à convaincre.

Mais le juge doit encore se préoccuper, lorsqu'il fait le choix de telle ou telle méthode d'exposition, de la place que prend dans le droit positif la solution qu'il impose. C'est alors sur le contenu même de la décision qu'il convient de porter l'attention.

(100) Cf. M. Gjidara : « La fonction administrative contentieuse », *Thèse*, Paris, 1970, 2 tomes dactylographiés, pp. 276 et s. et pp. 291 et s. ; voir aussi R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 267-268.

(101) Cf. B. Chenot : « L'existentialisme et le droit », *R.F.S.P.*, 1953, pp. 57 et s.

(102) Cf. Le Clère : « L'improbité du contentieux administratif », *Revue administrative*, 1958, pp. 157 et s. ; voir en particulier pp. 162 et 163.

(103) J. Rivero : « La réforme du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1953, p. 942.

CHAPITRE II

LE CONTENU DES DECISIONS DU JUGE ADMINISTRATIF

La définition de la portée de la décision : méthode utilisée à cet égard. — Lorsqu'il tranche un litige particulier, le juge, spécialement le juge administratif, ne peut manquer de se préoccuper de la place que prend dans le droit positif la solution qu'il a dégagée.

Sans doute, la question peut-elle sommairement être réglée par référence au principe de l'autorité relative de la chose jugée posé par l'article 1351 du Code civil (1). Toutefois, on doit déjà remarquer que, en matière administrative, le contentieux de l'excès de pouvoir débouche, lorsque le recours est accueilli, sur une décision d'annulation de l'acte attaqué qui vaut « erga omnes » (2).

D'autre part, et plus généralement, il est clair que le juge ne saurait se désintéresser de la portée — c'est sciemment que nous n'employons pas un terme juridique — de la solution qu'il impose.

Ainsi, sans reprendre des discussions qui n'auraient pas leur place ici sur la signification et les caractères du principe « res judicata pro veritate habetur » (3), nous bornerons-nous à constater pour l'instant que certaines décisions sont considérées comme des « décisions d'espèce », que d'autres baptisées « de principe » font jurisprudence, sans que d'ailleurs la distinction entre elles soit toujours très aisée (4).

La question qui se pose est bien alors, avant d'être une question de pur droit, une question de méthode : quels procédés le juge administratif utilise-t-il pour limiter à l'espèce la portée de la décision qu'il rend, ou au contraire pour en élargir la signification.

Précisions à ce sujet. — Deux remarques préalables doivent être faites. En premier lieu, ce n'est pas tant à la solution elle-même, telle qu'elle est exprimée dans le dispositif de la décision qu'il

(1) Cf. pour l'application de ce principe aux jugements du juge répressif, C.E. 27 janvier 1965, dame veuve Pasquelin, *Leb.*, p. 54.

(2) Cf. C.E. 25 janvier 1967, Syndicat national des Importateurs français en Produits laitiers et avicoles, *Leb.*, p. 55.

(3) Comme le rappelle M. Odent, « le principe *res judicata pro veritate habetur* est d'une application très nuancée ; son fondement même a donné lieu à une littérature juridique très abondante et l'accord n'est pas encore réalisé ni sur les caractères ou sur les effets de l'acte juridictionnel ni sur la nature de l'autorité de la chose jugée » (R. Odent, *Contentieux administratif*, op. cit., t. II, p. 649).

(4) Cf., sur ces définitions et cette distinction, *infra*, partie II, titre II.

convient de s'attacher, mais bien plutôt à la motivation de celle-ci ; c'est dans la rédaction des motifs de la décision que le juge s'attache à préciser le caractère circonstancié ou non de la décision, et à retenir la formulation correspondante ; la signification du dispositif en revanche reste invariablement limitée à l'espèce particulière.

La seconde remarque que nous voulions faire ressemble plutôt à une précision ; notre examen est pour le moment limité au seul contenu de la décision juridictionnelle : or le caractère circonstancié ou non de la décision est fréquemment révélé tant par les circonstances extérieures à l'espèce, mais qui la dominent, que, plus immédiatement, par les conclusions du Commissaire du Gouvernement, lorsqu'elles sont connues ; l'étude de tels éléments, qui complètera le présent chapitre, doit être réservée et prendre place parmi les méthodes jurisprudentielles du juge administratif (5).

Plan du chapitre. — Sous le bénéfice de ces remarques, deux questions méritent examen : c'est d'abord l'étude des caractères de la motivation (Section I), puis le recensement et l'explication d'un certain nombre d'expressions stéréotypées utilisées par le juge (Section II).

Section I. — Les caractères de la motivation

Objet de la section et plan. — Pour préciser le caractère circonstancié ou non de la décision qu'il rend, le juge dispose d'un certain nombre de méthodes : il peut ainsi accorder plus ou moins de place aux éléments de fait, et choisir entre une motivation unique ou une pluralité de motifs convergents (§ 1^{er}) ; accepter ou écarter une qualification juridique de l'espèce, et construire librement la décision ou y incorporer une formule empruntée à une décision différente (§ 2) ; enfin, d'une façon générale, choisir de ne répondre qu'implicitement à une question soulevée par la requête (§ 3).

§ 1^{er}. — La place des faits et le contenu de la motivation

La place accordée aux faits. — En accordant une grande place aux éléments de pur fait, en insistant sur les circonstances particulières qui ont présidé à la naissance du litige, et à son développement, le juge limite la portée de la décision qu'il rend. Il signifie par ce moyen que les données de fait ont été essentielles et que la solution qu'il adopte est avant tout fonction des faits de la cause (6).

Par là-même, la portée de la décision se trouve limitée à l'espèce, car il est de bonne convenance d'affirmer qu'un dossier ne répète jamais un précédent dossier et que les éléments de fait sont éminemment variables d'une espèce à l'autre.

(5) Cf. *infra*, partie II, titre II.

(6) Cf. J. Rivero, *E.D.C.E.*, 1955, p. 32, qui évoque « le caractère circonstancié » des décisions du juge administratif lorsqu'il entend éviter de se lier pour l'avenir.

De telles motivations ont particulièrement leur place dans le contentieux de la responsabilité, tant pour la définition des responsabilités respectives des protagonistes que pour l'évaluation monétaire des conséquences dommageables de l'accident (7). Il est clair qu'alors les considérations de pur fait sont déterminantes et que la portée de la décision doit rester commandée par la considération des faits précis et complets qui ont déterminé l'accident.

Unicité ou pluralité de la motivation. — Ce sont des considérations analogues qui expliquent pour partie l'adoption par le juge, suivant les cas —, d'une motivation déterminante unique ou de plusieurs motivations convergentes.

Sans doute — nous l'avons dit (8) — le souci de satisfaire entièrement le requérant a-t-il sa place, particulièrement lorsque le juge rend une décision de rejet. Mais on peut penser aussi que lorsqu'il adopte la méthode de la double motivation, le juge, par l'un des motifs qu'il rédige, tient à affirmer un principe qui, sans commander directement la solution de l'espèce, n'en domine pas moins l'ensemble de la question.

Ainsi, dans l'arrêt Jacquier (9), déjà cité, la Haute Assemblée a tenu à rappeler que « les Commissions départementales du Fonds d'amélioration de l'habitat disposent des plus larges pouvoirs pour apprécier l'opportunité d'accorder l'aide financière du Fonds, alors même que les travaux auraient été rendus obligatoires par des règlements sanitaires départementaux », alors que cette proposition n'était pas directement nécessaire à la solution de l'espèce. La Cour Suprême voulait ainsi rappeler un principe déjà formulé par certains tribunaux administratifs (10) et qui commande, à travers la répartition des tâches entre les diverses commissions qui dépendent du Fonds National d'Amélioration de l'Habitat, les mécanismes d'octroi des subventions dispensées par cet organisme.

§ 2. — *La qualification juridique ou le réemploi d'une formule connue*

La qualification juridique des faits. Sa signification. — Le juge dispose encore d'une autre méthode pour accentuer ou au contraire amoindrir le caractère circonstancié de la décision qu'il rend : il peut ainsi choisir de qualifier juridiquement les faits qui lui sont soumis ; ou bien, lorsqu'il veut limiter la portée de la décision, se garder de qualifier juridiquement les données de fait de l'espèce.

(7) Cf. par exemple C.E. 9 juillet 1969, époux Pech, *A.J.D.A.*, 1970, p. 181, ou encore un arrêt, C.E. 9 juillet 1969, Commune de Sausseuzemare-en-Caux, *A.J.D.A.*, 1970, p. 180, qui prend soin de remarquer qu'un conseiller municipal blessé avait subi des blessures « au cours de l'exécution par lui du mandat qui lui était confié » et retrace, pour ce faire, de façon détaillée les circonstances de fait qui ont précédé l'accident.

(8) Cf. *supra*, chapitre précédent.

(9) C.E. 12 juillet 1969, Jacquier, *Leb.*, p. 874.

(10) Cf. Tribunal administratif de Paris, 7 juillet 1960, sieur Dijon, req. n° 1271 ; T.A. Bordeaux, 11 mars 1966, Despujols ; T.A. Lille 21 décembre 1966, Delart, req. n°s 5574 et 7076, et T.A. Bordeaux 19 juin 1964, Alaux c/ Crédit foncier de France.

Dans ce dernier cas, ce sont ces données de fait elles-mêmes qui gouvernent directement la solution adoptée ; au contraire, lorsque le juge, dans la rédaction de la décision, interpose entre les faits et la solution retenue le cadre d'une qualification juridique, on peut admettre que la décision est plus compréhensive : elle devient susceptible de guider le juge dans des espèces différentes, mais dans lesquelles la qualification juridique des éléments de fait reste la même.

En d'autres termes, on doit dire que dès le moment où le juge accède au stade de la qualification juridique, il quitte le cas particulier de l'espèce pour appliquer une solution valable également pour toute autre espèce où le travail de qualification aurait débouché sur le même résultat.

Les exemples de qualification juridictionnelle ne manquent pas. Ainsi dans une espèce assez récente (11), le juge qualifie expressément les faits qu'il a auparavant rappelés : « ... le motif tiré d'un prétendu démembrement d'une exploitation viable doit être regardé comme entaché d'une *erreur manifeste* » ; dès lors, la solution que le juge applique vaut pour toute espèce analogue où peut être constatée « une erreur manifeste ».

La qualification est parfois implicite, mais n'en existe pas moins ; dans d'autres cas, elle est expressément formulée. Deux espèces l'illustreront qui sont l'une et l'autre intervenues en matière de dommages de travaux publics. Dans la première (12), le Conseil d'Etat refuse, implicitement, d'accorder à l'épouse du demandeur la qualité de « tiers » par rapport à son mari (13) quoique implicite, la solution n'en existe pas moins et revêt une portée générale : les conjoints ne sont pas des tiers l'un par rapport à l'autre, au sens où ce terme s'entend en matière de dommages de travaux publics (14) (15). Dans la seconde espèce (16) intervenue dans le même domaine, la Haute Assemblée a conféré à une belle-mère la qualité de tiers par rapport au dommage subi par sa belle-fille (17),

(11) C.E. 22 mai 1968, époux Ory, *A.J.D.A.*, 1968, p. 651.

(12) C.E., Sect., 22 décembre 1967, Sté coopérative ouvrière « Les Terrassiers-Paveurs versaillais », *A.J.D.A.*, 1968, p. 652, note J. Moreau.

(13) Cf. la note de J. Moreau précitée, *A.J.D.A.*, 1968, p. 657.

(14) La même solution avait déjà été posée par un arrêt, C.E., Sect., 26 juillet 1933, dame Giacometti, *Leb.*, p. 200 : une malade, brûlée par une bouillotte d'eau chaude, avait en vain tenté de mettre en cause la responsabilité de l'Administration ; et le Conseil d'Etat, faisant droit aux arguments du défendeur, avait écarté la requête au motif que le mari de la victime avait, au cours d'une visite à l'hôpital, délié les sangles qui immobilisaient la victime, provoquant ainsi l'accident.

(15) En outre, l'espèce est intéressante, toujours du même point de vue, en ce qu'elle qualifie expressément les travaux qui ont occasionné le dommage de travaux publics, quoique ceux-ci soient effectués sur un terrain privé.

(16) C.E., Sect., 26 avril 1968, Ville de Cannes, *A.J.D.A.*, 1968, p. 653, note J. Moreau.

(17) Avec plus d'élégance, mais — à notre avis — en modifiant légèrement la signification de la décision, M. Moreau écrit à ce sujet : « Une belle-fille est un tiers (au sens de fait du tiers) à l'égard de sa belle-mère » : c'est là inverser les termes de la solution consacrée par ladite décision et lui donner une portée générale qu'elle n'a peut-être pas. Cf. J. Moreau, note précitée, *A.J.D.A.*, 1968, p. 656.

cependant que celle-ci était expressément considérée comme usager de l'ouvrage public (18).

Parce que, dans ces décisions, le juge a choisi de qualifier soit implicitement soit expressément la situation juridique des différents protagonistes, il a dépassé le cadre étroit de la solution d'espèce pour poser telle règle qui pourra recevoir application dans une espèce différente : en l'espèce, la règle qu'en matière de dommages de travaux publics, deux conjoints n'ont pas l'un vis-à-vis de l'autre la qualité de tiers...

Plus la qualification opérée est vaste, plus s'efface le caractère circonstancié de la décision juridictionnelle, tandis que le refus de qualification limite au contraire la portée de la décision au problème particulier qui a suscité l'intervention du juge (19).

C'est la même méthode qu'utilise le juge administratif en matière de définition lorsqu'il choisit de donner une définition ou au moins des éléments de définition ; la décision qu'il rend dépasse l'espèce particulière qui en a été l'occasion. Au contraire, un refus de définition (20) renforce le caractère circonstancié de la solution.

Le réemploi d'une formule jurisprudentielle connue. Sa signification. — Mais les choses sont parfois moins nettes, comme c'est le cas lorsque le juge décide de reprendre dans une décision une formule empruntée à une précédente décision.

C'est alors la preuve évidente que la décision à laquelle la formule est empruntée avait une portée plus large que la solution immédiate de l'espèce dont le juge avait alors eu à connaître ; le rédacteur de la première décision ne s'était pas contenté de trancher le litige qui lui était soumis ; il en avait extrait une question d'aspect abstrait, auquel il avait donné une réponse également abstraite, et comme indépendante du détail des éléments de fait, quitte à déduire ensuite de cette réponse générale la solution positive applicable à l'espèce. Mais lorsque dans une espèce différente, les éléments de fait débouchent sur la même question théorique, il n'y a aucune raison pour le juge de ne pas lui donner la même réponse théorique (21), et il le fait dans les mêmes termes.

Sans doute, cette méthode est-elle surtout le fait des tribunaux

(18) L'ouvrage public était en l'espèce un portillon installé à l'étage supérieur d'un immeuble de fonction appartenant à la Municipalité ; l'ouverture inopinée de ce portillon avait causé la chute de la belle-fille venue rendre visite à sa belle-mère qui disposait de ce logement de fonction. Le Conseil d'Etat a reconnu à la belle-fille la qualité d'usager de l'ouvrage, ce qui avait pour conséquence de mettre à la charge de la collectivité responsable la preuve de l'entretien normal de l'ouvrage. Quant à la belle-mère, elle a, d'après le juge administratif, la qualité de tiers dans le dommage ; et, en conséquence, son comportement (modification du dispositif du portillon) ne saurait atténuer la responsabilité de la collectivité.

(19) Comparer, en matière civile, avec Cass. civ. 20 mai 1969, D. 1969, p. 429, concl. Lindon, dans lequel le juge a donné une réponse plus large que la question qui lui était soumise.

(20) ... Le Conseil d'Etat choisit d'ailleurs le plus souvent cette seconde attitude et se tient généralement écarté des définitions fixatives. Cf. en ce sens R. Latournerie, *Les Méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 198-199.

(21) ... Les conséquences concrètes — traduisons : les dispositifs — peuvent d'ailleurs fort bien être différentes, voire opposées, dans les deux espèces.

administratifs (22) ; en reprenant la formule employée par un arrêt de la Cour Suprême, ils contribuent directement à l'unité de jurisprudence et, dans l'immédiat, risquent de subir plus favorablement un éventuel contrôle du juge d'appel. Mais assez souvent également, la Cour Suprême elle-même reprend dans une nouvelle décision une formule qu'elle a déjà employée dans un arrêt antérieur. Ainsi, à quelques mois d'intervalle, un arrêt du Conseil d'Etat a-t-il repris exactement la formule employée par un précédent arrêt rendu par la Section du Contentieux (23) ; ceci parce que la première de ces décisions avait posé une règle de principe dont la portée était susceptible de dépasser le cadre de la décision qui l'avait motivée.

De la même façon, un arrêt rendu en 1968 par le Conseil d'Etat (24) reprend exactement la même motivation qu'une décision bien connue, *Ville de Bagneux* (25), rendue deux années auparavant par la même Assemblée, sur la question du retrait des actes administratifs.

§ 3. — *Le rôle du silence*

Le silence de la décision et sa signification. — Pour être complet, il faut encore mentionner ici le rôle qu'est susceptible de jouer le silence gardé par le juge, dans la rédaction d'une décision, sur une des questions qui lui est posée.

« Quand tu voudras parler, ne dis mot pour bien faire » ; le conseil de Voltaire (26) n'est pas toujours suivi ; pourtant le juge administratif, pour ce qui le concerne, a su le comprendre et parfois le mettre en pratique ; et à tel point, dans certains cas, que l'on serait plutôt tenté d'invoquer alors la sagesse de La Fontaine (27) :

« Il est bon de parler, et meilleur de se taire,

Mais tous deux sont mauvais alors qu'ils sont outrés ».

(22) Ainsi, dans un jugement prononcé le 21 février 1969, *Entreprise de Travaux publics Bourdin et Chaussée c/ Vve Allemand* (non publié à ce jour), le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand reprend, en des termes rigoureusement identiques, le considérant de principe posé par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 27 janvier 1965, *Dame Vve Pasquelin, Leb.*, p. 54 : « Considérant que ... l'autorité de la chose jugée qui appartient aux décisions des juges répressifs, ne s'attache qu'aux constatations de fait contenues dans un jugement et qui sont le support nécessaire de ce jugement ».

(23) C.E. 13 octobre 1967, S.C.I. « La Méditerranée », *Leb.*, p. 375, reprenant exactement le motif de principe de C.E. Sect. 13 juillet 1967, *Ministre de l'Education nationale c/ Ecole privée de Filles de Pradelles* ; ce motif est le suivant : « Considérant qu'en égard aux effets qui s'attachent à l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, la circonstance que la personne qui a poursuivi et obtenu cette annulation déclare ultérieurement renoncer à se prévaloir du jugement intervenu est sans influence sur une telle annulation qui ne peut être regardée comme ayant disparu du seul fait de cette renonciation ». Il ne faut pas confondre la reprise d'une règle de principe avec le simple recopiage d'une décision qui se justifie par exemple lorsqu'un même accident a eu plusieurs victimes qui ont agi distinctement. Cf. par exemple C.E. 9 mars 1966, *Ministre des Travaux publics, c. Latux* et C.E. 24 novembre 1967, *Ministre des Travaux publics, c. D^{ne} Labat*.

(24) C.E. 29 mars 1968, *Sté du lotissement de la plage de Pampelone, R.D.P.*, 1969, p. 350, concl. Vught.

(25) C.E. 6 mai 1966, *Ville de Bagneux, R.D.P.*, 1967, p. 339, concl. Braibant.

(26) Voltaire, *La Comtesse de Gibré*, acte III, scène I.

(27) La Fontaine, *L'ours et l'amateur de jardins*.

Il arrive en effet que les décisions du juge administratif, celles principalement du Conseil d'Etat et parfois du Tribunal des Conflits (28), soient intéressantes surtout par ce qu'elles ne disent pas. Le juge choisit ainsi de traiter telle question par prétérition : ce n'est pas dire qu'elle ne reçoit aucune réponse, mais celle-ci est implicite (29).

C'est évidemment là une méthode de prudence et de sagesse ; ainsi s'explique qu'elle trouve particulièrement sa place dans la rédaction de décisions qui marquent un retournement de la jurisprudence ou la première apparition d'un principe nouveau ; la solution nouvelle s'incorpore alors au droit positif, mais elle le fait avec une extrême discrétion, par le moyen du silence du juge (30).

En général le juge examine au fond le litige qui lui est soumis, admettant par là-même la recevabilité de la requête, mais sans se prononcer expressément sur cette dernière question ; un seul exemple : l'arrêt Cadot (31), bien connu, qui consacre l'abandon de la théorie dite du « ministre-juge » par le simple examen au fond de la requête qui était soumise (32).

(28) Les Tribunaux administratifs, en revanche, et en général les juridictions de première instance, sont soucieux de motiver complètement et sur tous les points leurs décisions, pour permettre, entre autres, le contrôle du juge d'appel.

(29) Il faut bien distinguer cette question de celle — classique — de la connaissance des décisions du juge administratif par le « public » (largement entendu). Cette seconde question conduit à l'examen de certains problèmes comme la structure et l'évolution du Recueil *Lebon*, la publicité des séances, la connaissance possible des conclusions des Commissaires du Gouvernement, l'ignorance du projet du rapporteur ; enfin, une remarque devrait être faite sur un point qui retient plus rarement l'attention : la publication tronquée des décisions du juge administratif dans nombre de périodiques (les visas des conclusions des parties manquent généralement), et dans le Recueil *Lebon* (les visas manquent parfois ; le dispositif est parfois remplacé par une sorte de parenthèse constituant un résumé rédigé en style « télégraphique »). On peut d'ailleurs remarquer qu'au siècle dernier la publication des décisions du Conseil d'Etat était plus complète qu'aujourd'hui. Outre le texte de l'arrêt avec ses visas, ses motifs et son dispositif, les recueils donnent, en effet, de larges extraits des observations ministérielles et des plaidoiries des avocats. Ils reproduisent également des passages des conclusions du Commissaire du Gouvernement, et même la note du rapporteur. Cf. J. Fournier : « Maurice Hauriou : arrétiste », *E.D.C.E.*, 1957, p. 156. Tout ceci ne concerne pas directement les méthodes du juge administratif, mais d'abord celles de l'interprète ; c'est pourquoi, sciemment, nous les écartons de notre étude. Toutefois, il arrive que le travail du juge, dans son stade initial, rejoigne celui de l'interprète ; dans sa tâche documentaire, il rencontre en effet les mêmes difficultés (cf. cependant Fournier, *E.D.C.E.*, 1957, p. 156). Auprès du Conseil d'Etat a ainsi été mis en place un « Centre de coordination et de documentation » qui rend de précieux services (Long et Braibant : « Le Centre de coordination et de documentation du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1955, pp. 69 et s.) ; pour la période antérieure, on peut aussi consulter P. Julien : « Les bibliothèques du Conseil d'Etat depuis l'an VIII », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 95 et s. La question se complique aujourd'hui de l'utilisation de l'informatique pour les tâches de documentation (sur ce dernier point, cf. *supra*, p. 54, note 14).

(30) Sur le rôle du silence dans les revirements de jurisprudence, cf. *infra*, partie II, titre II.

(31) C.E. 13 décembre 1889, Cadot, *Leb.*, p. 1148, concl. Jager-Schmidt.

(32) La méthode est la même dans le célèbre arrêt Martin, C.E. 4 août 1905, *Leb.*, p. 749, concl. Romieu, et les commentaires de MM. Long, Weil et Braibant aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* ; cf. encore, du même style, C.E. 10 février 1905, Tomaso Greco, *Leb.*, p. 139, concl. Romieu ; S., 1905, 3, 113, note Hauriou.

Mais, comme on le constate, c'est là une méthode qui, utilisée sans doute à l'occasion d'une espèce particulière, relève déjà des méthodes jurisprudentielles du juge ; elle devait être mentionnée ici ; elle fera l'objet de développements plus conséquents lorsque sera abordée l'étude des méthodes jurisprudentielles du juge administratif (33).

Conclusion de la section. — Ainsi, la place accordée aux faits, l'acceptation ou le refus de qualification, l'incorporation éventuelle de motifs superflus, parfois même le silence gardé par le juge, permettent-ils de jauger la portée de la décision rendue.

Le juge administratif dispose également d'autres méthodes pour limiter sa solution à l'espèce ou au contraire élargir la portée de la décision ; telle l'utilisation qu'il peut faire d'un certain nombre d'expressions stéréotypées, dont il faut maintenant préciser le sens.

Section II. — L'utilisation d'expressions stéréotypées

Objet de la section. — La portée de la décision du juge administratif est également modelée par l'utilisation d'expressions stéréotypées telles que « compte tenu de l'instruction », « au sens de », « en tout état de cause », etc.

Le juge administratif dispose là d'une panoplie de locutions dont chacune a un sens précis, et dont l'utilisation dans la rédaction de la décision précise la portée.

Il ne saurait être question de dresser de ces locutions une liste exhaustive (34) ; certaines sont sans doute d'un emploi fréquent, mais d'autres moins souvent utilisées échapperaient certainement aux investigations. Simplemment, en cherchant à préciser la signification de certaines de ces expressions et leur emploi par le juge administratif, nous essaierons d'attirer l'attention sur le rôle capital que celles-ci revêtent lorsqu'on examine les méthodes dont le juge dispose pour moduler la portée de sa décision.

§ 1^{er}. — La locution « Au sens de... »

Emploi et signification. — L'accent a été souvent mis sur le rôle de la locution « au sens de... (telle prescription) », dans la rédaction d'une décision. Comme l'écrit M. Latournerie « ces termes n'engagent pas le juge ; ils lui ouvrent la possibilité de rattacher ultérieurement, selon l'occurrence, la notion ainsi désignée à une notion mieux connue, ou de la confirmer définitivement dans une personnalité distincte » (35).

(33) Cf. seconde partie dans son ensemble, et en particulier titre II, chapitre I, section II.

(34) Cf. une étude analogue mais concernant les expressions utilisées par la Cour de cassation, J. Voulet : « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.*, 1970, I, 2305.

(35) R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 199.

L'emploi de la locution « au sens de » s'analyse finalement en une qualification par référence : le juge ne qualifie pas lui-même, en l'espèce, les éléments de fait, il se borne à se référer à une disposition préexistante, en général d'origine législative ou réglementaire. Ainsi est-il amené à préciser, par exemple, que « cette fonction (celle de Directeur des Archives)... ne constitue pas un emploi *dans le sens* de l'article 7 du décret du 14 mai 1887 » (36) ; la qualification — plus exactement ici le refus de qualification — ne prétend pas à une portée générale ; elle est partielle ; à la limite, le juge pourrait, sans se dédire, assimiler dans une espèce ultérieure cette fonction à un emploi, pourvu que ce terme ait alors une signification différente de celle qui est la sienne dans le cadre du texte visé.

La méthode est la même dans la célèbre décision Daudignac (37) : la solution donnée par le juge pour ce qui concerne les activités des photographes-filmeurs est précisée valoir « en admettant même que (ces photographies) soient faites par des personnes ayant la qualité de marchand ambulant *au sens de* l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1912 » ; le juge donne ici encore un exemple de qualification par référence : il ne s'attarde pas à préciser lui-même comment peut être caractérisé un marchand ambulant ; il renvoie à la définition qu'en donne la loi. La conséquence en est nette : la solution adoptée par le juge ne vaut que pour les activités ou les personnes auxquelles la loi accorde la qualification correspondante et ne saurait, *a priori*, s'appliquer à des situations voisines, mais différentes : la portée de la décision est limitée d'autant (38).

Un dernier exemple de cette même locution est fourni par une décision plus récente du Tribunal des Conflits (39) ; le Juge des Compétences y a précisé que « le Préfet du Nord, en élevant le conflit, n'agissait pas en qualité de partie *au sens de* l'article 168 du Code de procédure civile », ce qui lui permettait d'élever le conflit même en cours de procédure ; là encore, le juge écarte une qualification légale, en l'espèce, sans en imposer aucune autre ; ainsi savons-nous désormais que le Préfet qui prend un arrêté de conflit n'est pas partie, au litige, en ce que cela l'obligerait à soulever « *in limine litis* » l'exception d'incompétence ; mais rien n'est précisé de la position juridique exacte du Préfet dans de telles hypothèses : à la limite, on pourrait parfaitement admettre sans contradiction, dans une espèce ultérieure, l'assimilation du Préfet à une partie telle que l'a définie le Code de procédure civile, pourvu que ce soit à propos de règles différentes de celles qui définissent la compétence de la juridiction saisie.

L'emploi de la locution *au sens de*, qui en général ne concerne qu'une des dispositions particulières de la décision, permet au juge

(36) C.E. 11 décembre 1903, Lot, S., 1904, 3, 113, note Hauriou.

(37) C.E. 22 juin 1951, Daudignac, D., 1951, 589, concl. Gazier, note J.C. : G.A. (3^e éd.), pp. 347 et s.

(38) ... Toutefois, il est juste de remarquer qu'en l'espèce la restriction n'intervient qu'à propos de ce qui est déjà une extension à la règle posée par la décision : « En admettant même que... ».

(39) T.C. 2 décembre 1968, Préfet du Nord, c. Cour d'appel de Douai (Dame Vve Mandron, c. Etat français), A.J.D.A., 1969, p. 298.

de se référer à un texte pour l'opération de qualification juridique ; en conséquence, la portée de la décision est étroitement dépendante de l'ampleur de la qualification qu'opère ce texte.

§ 2. — *La référence aux « circonstances »,
à « l'instruction » ou au « dossier »*

Utilisation et signification. — L'emploi de locutions stéréotypées comme « dans les circonstances de l'espèce », « compte tenu des éléments du dossier », « compte tenu de l'instruction » a également une signification bien précise ; leur utilisation dans la rédaction de la décision manifeste la volonté du juge de limiter — au moins sur ce point — la portée de la décision qu'il rend en faisant comprendre que ce sont les éléments de fait qui ont en l'espèce déterminé la solution adoptée.

Dans d'autres cas, ces expressions sont utilisées pour permettre au juge de ne pas relater dans leur entier et dans leur complexité les diverses circonstances de l'espèce (40), tout en faisant savoir qu'il a examiné ces données de fait et qu'il en tient compte.

Ainsi dans un arrêt bien connu, Abbé Olivier (41), le juge invoque successivement « les résultats de l'instruction », et les « pièces jointes au dossier », sans que ces formules soient explicitées de façon complète et précise. Du moins est-il ainsi précisé que certaines conditions doivent être remplies en fait pour que la solution posée par ces décisions s'applique à des espèces analogues : la portée de la décision est ainsi précisée.

Les « circonstances de l'espèce » (42) sont également invoquées dans des décisions célèbres comme les arrêts Veuve Trompier-Gravier (43), Société « Hôtel du Vieux Beffroi » (44), Laruelle et Delville (45) ou encore Frampar (46). Il n'y aurait aucun intérêt à

(40) En revanche, lorsque le juge relate par le menu les circonstances de fait de l'affaire, il n'utilise généralement aucune de ces formules. Cf. comme exemple significatif, C.E. 28 mai 1954, Barel, *Leb.*, p. 308, concl. Letourneur, *R.D.P.*, 1954, p. 509, concl. Letourneur, note Waline. Voir cependant, en sens contraire, C.E. 20 avril 1956, époux Bertin, *R.D.P.*, 1956, p. 869, concl. Long, note Waline, dans lequel la formule « il résulte de l'instruction... » précède un exposé complet et minutieux des éléments de fait révélés par cette instruction.

(41) C.E. 19 février 1909, Abbé Olivier, *S.*, 1909, 3, concl. Chardenet ; *R.D.P.*, 1910, 69, note Jeze.

(42) La formule voisine « dans les circonstances de l'affaire » est généralement employée dans le considérant relatif aux dépens : « Considérant que, dans les circonstances de l'affaire..., les dépens... doivent être mis à la charge de... ». Cf. par exemple C.E. 21 mars 1947, Compagnie générale des Eaux, *R.D.P.*, 1947, p. 198, note Jeze ; ou C.E. 22 novembre 1946, Commune de Saint-Priest-la-Plaine, *D.*, 1947, p. 375, note Blaevoet ; ou encore C.E. 10 juillet 1968, Société d'Équitation de la plaine de Valenton et Société immobilière de Valenton, *Leb.*, p. 422 ; et C.E. 17 octobre 1968, sieur Maindron, *Leb.*, p. 493, qui emploient la même formule.

(43) C.E. 5 mai 1944, dame Vve Trompier-Gravier, *R.D.P.*, 1944, p. 256, concl. Chenot, note Jeze.

(44) T.C. 17 mars 1949, Société « Hôtel du Vieux Beffroi », *S.*, 1950, 3, 1, concl. Delvolvé, note Mathiot.

(45) C.E. 28 juillet 1951, Laruelle et Delville, *R.D.P.*, 1951, p. 1087, note Waline.

(46) C.E. 24 juin 1960, Société Frampar et Société France Editions et publications, *R.D.P.*, 1960, p. 815, concl. Heumann.

prolonger la liste, celle-ci suffit à établir que le juge dispose dans l'utilisation de cette locution d'une méthode stéréotypée qui lui permet à la fois de justifier la décision d'espèce qu'il adopte, et de préciser la portée de la règle dégagée pour d'autres espèces à venir (47).

Les « résultats de l'instruction ». — L'appel aux « résultats de l'instruction » a parfois une signification analogue ; les formules utilisées sont alors généralement les suivantes : « *il résulte* (ou « *compte tenu de* ») *de l'instruction* » (48) ou « *des pièces du dossier* » (49), « *il est établi par l'instruction* » (50). Là encore, le juge ne livre pas les divers éléments que lui a révélés l'instruction ; il se contente d'affirmer qu'il en a pris connaissance et que ceux-ci ont leur rôle dans le choix de la solution qu'il retient.

Ce silence peut, du point de vue de la portée de la décision, être interprété de deux façons opposées : ou bien l'absence d'éléments détaillés relatifs aux faits dans la rédaction de la décision indique que ces éléments doivent être considérés comme secondaires ; alors la même règle pourra s'appliquer à des espèces voisines dans lesquelles les circonstances de fait peuvent être pour partie différentes ; ou bien le silence gardé sur les faits par le juge, qui en rappelle cependant l'importance, invite au contraire à limiter scrupuleusement le domaine d'application de la solution dégagée, parce que, ceux-ci n'ayant pas été révélés, nul ne peut dire *a priori* si les circonstances d'une affaire ultérieure réitérent exactement celles de la présente espèce.

« L'état de l'instruction ne permet pas... ». — En revanche, la signification d'expressions comme « *l'état de l'instruction ne permet pas de...* » (51), « *il ne résulte pas de l'instruction* » (52), « *il ne ressort pas des pièces du dossier* » (53) est fondamentalement différente. Lorsqu'il les utilise, le juge entend constater une insuffisance du dossier ; en conséquence, il est conduit soit à adopter une solu-

(47) L'expression « circonstances de nature à », qui est parfois employée avec la même signification, peut aussi être utilisée par le juge pour limiter la portée de la qualification opérée (Cf. *supra*). Cf. en ce sens, R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 119, qui parle du « minimum de qualification indispensable ».

(48) Parmi une multitude de décisions, nous mentionnerons C.E. 21 mars 1947, dame Vve Aubry, *R.D.P.*, 1947, p. 198, note Jeze ; C.E. 7 novembre 1947, Alexis et Wolf, *D.*, 1948, p. 472, note Eisenmann ; C.E. 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, *Drt. Social* 1951, p. 388, concl. Letourneur, note Rivero ; C.E. 28 juillet 1951, Laruelle et Delville, *R.D.P.*, 1951, p. 1087, note Waline ; C.E. 13 mars 1953, Teissier, *D.*, 1953, p. 735, concl. Donnedieu de Vabres ; C.E. 29 octobre 1954, Bondurand, *Leb.*, p. 565.

(49) Cf. par exemple C.E. 2 février 1945, Moineau, *D.*, 1945, p. 269, note Colliard ; C.E. 18 novembre 1949, Delle Mimeur, *R.D.P.*, 1950, p. 183, note Waline ; C.E. 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture, c. Dame Lamotte, *R.D.P.*, 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline ; C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, *R.D.P.*, 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline ; C.E. 19 octobre 1956, Sté « Le béton », *R.D.P.*, 1957, p. 310, concl. Long.

(50) Cf. par exemple C.E. 24 juin 1949, consorts Lecomte, *R.D.P.*, 1949, p. 583, note Waline.

(51) C.E. 24 juin 1949, consorts Lecomte, *R.D.P.*, 1949, p. 583, note Waline ; ou C.E. 18 novembre 1949, Delle Mimeur, *R.D.P.*, 1950, p. 183, note Waline.

(52) C.E. 13 juillet 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement, c. Piéton-Guibour, *Leb.*, p. 338, concl. Chardeau.

(53) Cf. par exemple C.E. 4 octobre 1967, Wattebled, *Leb.*, p. 351.

tion de droit définie (par exemple dans le cas où la partie à qui incombait la charge de la preuve n'a pu rapporter celle-ci), soit à retarder la décision (54) ; cette dernière hypothèse se rencontre particulièrement lorsque, en matière de responsabilité, le juge manque d'éléments pour procéder à l'évaluation monétaire du dommage subi ; dans ce cas, la formule est traditionnelle : « considérant que l'état de l'instruction ne permet pas d'évaluer le préjudice subi... » (55).

Ces formules mettent en évidence l'incertitude du juge qui dispose d'un dossier trop peu fourni. La portée de la solution retenue est alors évidemment limitée à l'espèce.

§ 3. — La locution « en tout état de cause »

Emploi et signification. — A l'opposé l'expression « en tout état de cause » est utilisée par le juge pour affirmer la portée générale de la solution qu'il adopte.

Le juge entend par là souligner que ce ne sont pas d'abord des considérations de fait particulières à l'espèce qui ont dicté la solution, mais bien l'application d'une règle à laquelle il aurait fait appel même si certains éléments de fait (en général ceux qui font l'objet de discussion entre les parties) avaient été différents.

Ainsi, dans un arrêt Jacquier, auquel nous nous sommes déjà référé (56), le Conseil d'Etat constate que telle instruction ministérielle n'ouvrait aucun droit au profit du requérant, et qu'« en tout état de cause », ladite circulaire n'était pas applicable à la date à laquelle celui-ci s'est vu notifier un refus (57). La décision dégage ainsi, dépassant une discussion que cependant elle n'ignore pas, une règle susceptible de fournir la solution d'espèces différentes. Ce qui en revanche peut sans doute paraître à première vue singulier, c'est que la règle de portée générale est fréquemment énoncée *avant* qu'apparaisse la locution « en tout état de cause » ; c'est bien le cas ici ; la règle générale d'après laquelle tel type d'instruction ministérielle ne saurait conférer de droits, précède matériellement l'expression « en tout état de cause » ; cette dernière apparaît alors comme le moyen pour le juge de revenir à l'espèce particulière qui lui est soumise, après avoir, si l'on peut dire, « profité » de celle-ci pour formuler une règle de portée plus large (58).

(54) Cf. par exemple la formule : « L'état du dossier ne permettant pas de statuer immédiatement », dans C.E. 17 octobre 1962, dame Lesbats, *Leb.*, pp. 547 et s. ; ou C.E. 6 novembre 1968, Ministre de l'Economie et des Finances, c. Barrault, *Leb.*, p. 552.

(55) Cf. pour un exemple voisin (ignorance des dates auxquelles certains faits se sont produits), C.E. 23 janvier 1970, Bernard, *A.J.D.A.*, 1970, p. 300.

(56) C.E. 12 juillet 1969, Jacquier, *Leb.*, p. 874.

(57) La formule est la même dans C.E. 7 février 1962, époux Parein, *Leb.*, p. 94.

(58) Le motif de l'arrêt Jacquier ici commenté est rédigé de la façon suivante : « Considérant d'autre part que l'instruction en date du 9 février 1968 de la Commission nationale, et qui constitue d'ailleurs une des directives adressées par le Ministre de l'Equipement à ladite Commission, n'ouvrait aucun droit au profit du sieur Jacquier, et n'était, en tout état de cause, pas applicable à la date à laquelle la Commission départementale a refusé au sieur Jacquier le bénéfice de l'aide qu'il sollicitait. »

§ 4. — Les locutions qui se réfèrent aux moyens invoqués

Trois hypothèses doivent être distinguées :

Le non-examen d'un motif invoqué par l'une des parties — L'utilisation de la locution « sans qu'il soit besoin de statuer (ou... d'examiner) » est également fréquente.

Cette expression signifie que le juge est, dans l'espèce considérée, à même de donner la solution, par application d'une règle de portée générale qui, par sa généralité même, le dispense d'examiner tel moyen invoqué par les parties : celui-ci serait certainement sans influence en la cause (59).

Ce sont d'ailleurs, de façon quasi-générale, les seuls arguments invoqués par la partie qui reçoit finalement satisfaction que le juge se dispense éventuellement d'examiner dans leur intégralité (60).

Dans de telles hypothèses, c'est au fond à la solution d'une décision minimum que se rallie le juge ; il écarte du débat toutes les questions qui lui sont posées, à partir du moment où la solution de l'espèce est imposée, de façon fixative, par l'application de telle règle (61). Son attitude est alors à l'opposé de celle qui consiste à « profiter » d'une espèce dont la solution ne fait pas de doute par application des règles antérieures pour introduire dans le droit positif tel élément nouveau, au bénéfice de la discussion qui s'est instaurée entre les parties.

L'emploi de la locution « sans qu'il soit besoin d'examiner » tel motif est ainsi fréquemment, pour le juge, le moyen de limiter son intervention, en appliquant strictement une règle connue qui tranche la question. Certaines des questions soulevées par les parties ne trouveront pas leur réponse dans la décision, mais ce sera parce que le juge a choisi de ramener le problème à son exacte mesure (62).

(59) Le juge préfère d'ailleurs parfois, sans utiliser la locution « sans qu'il soit besoin d'examiner », constater expressément que tels arguments ou telles circonstances sont sans influence sur la solution retenue. Cf. par exemple C.E. Ass. 17 avril 1970, Dame Fusy et autres, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 434, 435.

(60) Cf. par exemple C.E. 7 janvier 1970, Chaze et Bussière, *A.J.D.A.*, 1970, p. 438, ou bien C.E. Sect. 8 mai 1970, Sté Nobel-Bozel, *A.J.D.A.*, 1970, p. 360. Voir cependant, en sens inverse, C.E. Sect. 10 avril 1970, Sté d'assurances « Le Sou Médical » et consorts Jorcin, *A.J.D.A.*, 1970, p. 444.

(61) La formule « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête » se trouve par exemple dans les arrêts suivants : C.E. 2 décembre 1955, Dame Veuve Lutsky, *Leb.*, p. 568 ; C.E. 26 janvier 1962, S.A.R.L. Barbotteau et Cie, *Leb.*, p. 67 ; C.E. 21 décembre 1962, Ministre des Finances, c. sieur Guiard, *Leb.*, p. 703 ; C.E. 18 octobre 1968, Ministre de l'Intérieur, c. époux Cohen, *Leb.*, p. 499 ; C.E. 18 octobre 1968, Dubourgnon et Ville de Pau, *Leb.*, p. 500 ; C.E. 23 octobre 1968, S.C.I. « Les pervenches », *Leb.*, p. 508.

(62) Cette méthode de rédaction de la décision est souvent utilisée lorsque le requérant invoque, autour d'un moyen principal, un ou plusieurs moyens subsidiaires ; le juge, lorsqu'il fait droit au moyen principal, se dispensera d'examiner alors la pertinence des moyens subsidiaires invoqués ; cf. par exemple C.E. 26 novembre 1969, Société agricole et forestière de l'Eure, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 239 et s., avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Rougevin-Baville ; la formule de l'arrêt est la suivante : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, la Société requérante est fondée à soutenir que... ». Voir encore de même C.E. Sect., 8 mai 1970, Société Nobel-Bozel, *A.J.D.A.*, 1970, p. 360.

L'invocation d'un moyen d'office. — Enfin, il arrive, dans d'autres cas, que le juge veuille marquer l'évidence de la solution qu'il adopte, résultant par exemple de la gravité de l'illégalité qu'on lui soumet et qu'il décide alors de soulever d'office un moyen qui n'a pas été invoqué par les parties. Ainsi dans un arrêt récent (63), le Conseil d'Etat a affirmé l'illégalité d'une décision prise par un ingénieur subdivisionnaire des Ponts et Chaussées, que rien n'habilitait à agir comme il l'avait fait ; la formule employée par la Haute Assemblée est alors particulièrement vigoureuse : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède et *sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête...* » (64). Autrement dit, dans ce dernier cas, le juge tire de la simple relation des faits portés à sa connaissance la solution qu'il impose, sans examiner particulièrement *aucun* des moyens que le requérant avait développés à l'appui de son action ; c'est l'hypothèse de l'annulation d'office (65).

Pour résumer les observations sur ce point, on dira que la locution « *sans qu'il soit besoin d'examiner...* » dans la rédaction d'une décision est pour le juge, parfois un moyen de limiter l'ampleur de ses investigations, en en arrêtant l'examen à partir du moment où la solution définitive s'impose (on pourrait alors parler de « décision minimum ») ; parfois une méthode pour affirmer avec une vigueur particulière la solution retenue, en en manifestant l'évidence, c'est-à-dire aussi l'indépendance par rapport aux arguments avancés par les parties. Enfin, dans certains cas, le juge, soucieux non seulement de trancher, mais de convaincre, utilise cette formule pour écarter l'examen des fins de non-recevoir soulevées par le défendeur, et porter immédiatement le débat sur le fond (66) ; ainsi le requérant débouté aura-t-il du moins la consolation de constater que sa requête a été examinée sur le fond, et peut-être même de comprendre qu'elle était vouée à l'échec.

La référence au « moyen invoqué ». — La référence expresse au « moyen invoqué » obéit parfois au même souci d'expliquer au justiciable la solution adoptée.

Lorsque le juge affirme que la requête n'est pas susceptible d'être accueillie, ou qu'il ne peut y être fait droit « par le moyen invoqué », il exprime une sorte de regret juridique. C'est pour lui le moyen d'informer le requérant que son action, mal introduite ou mal développée en l'espèce, aurait cependant pu prospérer si le ou les moyens invoqués avaient été différents.

La référence au « moyen invoqué » accompagne donc en général une décision de rejet ; elle est comme la consolation que le juge accorde au plaideur, dont il faut bien admettre qu'il a été alors le plus souvent mal conseillé ; elle est en même temps une indication précieuse pour le justiciable, ou pour d'autres requérants éventuels

(63) C.E. Sect., 8 mai 1970, Société Nobel-Bozel, *A.J.D.A.*, 1970, p. 360.

(64) Même formule dans C.E. Sect., 2 novembre 1962, sieur Géraud, *Leb.*, p. 587.

(65) C'est d'ailleurs la formule que propose le Formulaire général de la section du Contentieux dans le cas d'une annulation d'office (cf. *supra*, p. 89, n. 73).

(66) Cf. par exemple C.E. 5 décembre 1969, Elections des représentants du personnel à la Commission administrative paritaire des adjoints administratifs et autres de l'Administration centrale du Ministère de la Justice, *A.J.D.A.*, 1970, p. 305 ; ou bien C.E. Sect., 21 novembre 1969, Idoux, *A.J.D.A.*, 1970, p. 306.

placés dans une situation analogue, qui savent désormais à l'avance l'insuccès d'une action engagée sur une telle base.

Mais précisément, cette sorte d'engagement du juge, au-delà de la solution de rejet que consacre la décision, explique la rareté relative de cette formule dans la rédaction des décisions du juge administratif (67).

Dans d'autres cas, le juge utilise des expressions dont la signification est absolument différente et qui n'expriment pas le même engagement positif du juge au-delà de l'espèce qu'il examine. Quatre formules sont alors employées alternativement par le juge. Dans le premier cas, celui-ci se borne à constater que « le moyen invoqué manque en fait », ce qui est simplement la constatation du caractère gratuit ou inexact d'une affirmation du requérant (68). Dans d'autres cas, le juge affirme que « le moyen invoqué est inopérant » (69). ou qu'« il ne saurait utilement être invoqué » (70) ; sans se prononcer sur l'exactitude matérielle de ce moyen, le juge lui dénie ainsi tout effet juridique en l'espèce. Parfois encore, le moyen invoqué est déclaré « irrecevable », ce qui correspond encore à une appréciation de caractère strictement juridique. Enfin, il arrive que le juge, ayant examiné au fond le moyen invoqué, en arrive à la conclusion que celui-ci « ne peut être retenu », constatation qui intervient alors à l'issue d'un examen complet des arguments du requérant sur ce point.

§ 5. — *Le renvoi devant l'administration active*

Locutions utilisées à cet égard. — Une dernière expression, d'emploi habituel par le juge administratif, mérite qu'on s'y arrête ; elle est la suivante : « *pour qu'il soit statué, par voie administrative, sur les suites que la demande comporte* » ; ou bien encore : « le requérant est renvoyé devant telle administration pour les suites que sa demande comporte » (71).

Cette expression — qui figure parfois dans le dispositif même de la décision (72) — est pour le juge le moyen de marquer la limite

(67) On indiquera cependant, à titre d'exemple, une décision C.E. Sect., 23 mars 1962, Mast, *Leb.*, p. 202, dans laquelle figure à deux reprises l'expression « qu'ainsi le requérant n'est pas fondé, par les moyens qu'il invoque, à soutenir que... ».

(68) Nous ne reprendrons pas ici la distinction du « moyen » et du simple argument contentieux ; cf. C.E. 2 mai 1962, Reignier, *Leb.*, p. 293.

(69) C.E. Sect., 26 octobre 1962, Le Moutl et Syndicat « Union des navigateurs de ligne », *Leb.*, p. 580.

(70) C.E. Sect., 18 octobre 1968, Ville de Sceaux, *Leb.*, p. 496.

(71) Cf. par exemple C.E. Sect., 23 mai 1969, Delle Gout, *A.J.D.A.*, 1969, pp. 703 et 704 ; l'expression employée est la suivante : « La demoiselle Gout est renvoyée devant le Ministre de l'Éducation nationale pour la liquidation de cette indemnité. » Cf. encore le célèbre arrêt C.E. 3 juin 1938, Société « La cartonnerie Saint-Charles », *Leb.*, p. 521, concl. Dayras, dans lequel la Haute Assemblée décide « qu'il y a lieu de renvoyer ladite société devant le Ministre de l'Intérieur pour y être procédé à la fixation des dommages-intérêts auxquels elle a droit ». Pour l'hypothèse un peu différente d'un renvoi par le juge devant un Ordre professionnel, voir C.E. 8 novembre 1968, Chevreuil, *Leb.*, p. 554.

(72) C'est le cas, par exemple, dans l'arrêt C.E. Sect., 23 mai 1969, Delle Gout, précité. La formule est parfois un peu différente : cf. C.E. 30 mai 1945, Boitard, *Leb.*, p. 109 : « pour voir ordonner les mesures d'exécution que comporte la présente décision ».

de son intervention, la frontière qui sépare l'activité juridictionnelle des tâches qui relèvent de l'administration active ; elle est une manifestation de prudence, et aussi de sagesse, qui exprime au niveau des méthodes, l'interdiction faite au juge d'adresser des injonctions à l'Administration. Le juge manifeste ainsi son souci de ne pas se substituer à l'administration active, mais de laisser à celle-ci, dans le cadre juridique que constitue la décision rendue, toute la latitude nécessaire (73).

Il ne faut pas se dissimuler cependant que — s'il est facile d'expliquer et de justifier historiquement cette attitude du juge face à l'administration active — il y a là incontestablement une source d'insatisfaction pour le justiciable, qui ne reçoit, à ce stade de l'affaire, qu'une satisfaction toute platonique (74).

Toutefois il faut reconnaître que le juge qui renvoie, « pour les suites qu'elle comporte », l'affaire devant l'administration active, accompagne parfois sa décision de quelques indications qui — tout en ne constituant pas en droit des injonctions — sont susceptibles de guider l'administration active, en lui assurant, si elle s'y conforme, une immunité contentieuse de fait ; le domaine des reconstitutions de carrière, à la suite d'une décision d'annulation, en fournit de nombreux exemples. De même, dans un arrêt Demonchaux (75), le Conseil d'Etat a renvoyé le requérant devant le Ministre des Travaux publics et des Transports pour qu'il soit procédé à la liquidation de la pension à laquelle il avait droit ; mais le Conseil d'Etat précise expressément que cette liquidation doit se faire « en conformité des dispositions contenues dans la présente décision » (76) (77).



Conclusion de la section. — La prétention d'examiner la totalité des expressions stéréotypées, telles celles qui viennent d'être recensées, serait déraisonnable ; elle poserait certainement de délicates

(73) Cf. en particulier Auby et Drago, *Contentieux administratif*, op. cit., t. III, pp. 97 et s., qui écrivent à ce sujet que : « La jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat paraît plus timide qu'au début du siècle. » Cf. également la note très intéressante d'Hauriou sous l'arrêt C.E. 26 juin 1908, Daraux (S., 1909, 3, 120) qui rappelle qu'« entre le recours hiérarchique et le recours pour excès de pouvoir, il y a une vieille parenté ».

(74) Du moins en est-il ainsi dans le cadre du plein-contentieux ; dans le contentieux de la légalité, le problème est parfois compliqué par l'occasion que le juge saisit d'adresser une sorte d'« appel » au législateur. Cf. entre autres Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, E.D.C.E., 1961, p. 64. Cf. cependant sur tous ces points et dans une optique parfois différente, P. Sandevor, *Etudes sur le recours de pleine juridiction* (L.G.D.J., 1964).

(75) C.E. 19 octobre 1962, Demonchaux, *Leb.*, pp. 557 et s.

(76) Le contentieux des pensions est d'ailleurs l'occasion de fréquents renvois du juge à l'Administration active ; cf. par exemple C.E. 7 mai 1962, Lasausse, *Leb.*, p. 302 ; C.E. 23 mai 1962, Min. des Anciens Combattants, c. Chanot, *Leb.*, p. 345 ; C.E. 20 décembre 1962, Deckmyn, *Leb.*, p. 698.

(77) Indépendamment de la formule ici examinée, il faut signaler que le juge de l'excès de pouvoir donne parfois des « conseils » à l'Administration active ; ainsi dans le célèbre arrêt C.E. 25 juin 1948, Sté du Journal *L'Aurore*, *Leb.*, p. 289, le juge précise « qu'il était loisible aux auteurs de l'acte attaqué de soustraire celui-ci à toute critique d'illégalité en prenant toutes mesures appropriées en vue de distinguer, fût-ce même forfaitairement, les diverses consommations... ». Voir de la même façon la rédaction d'un arrêt fiscal, C.E. 12 juillet 1969, Sté anonyme X..., n° 74-168, B.C.D., 1969, n° 12364, p. 378.

questions de définition car il faudrait préciser à partir de quel moment une expression d'emploi fréquent par le juge accède à la qualité d'expression stéréotypée ; surtout une telle recherche ne présenterait pas un bien grand intérêt. Ce qui importait avant tout c'était d'illustrer, à partir de quelques exemples, cette méthode que le juge utilise largement dans la rédaction des décisions, et qui permet d'en préciser la portée par l'interprétation dans le corps de la décision de locutions particulières, d'emploi fréquent, et dont la signification est claire.

Encore doit-on bien comprendre qu'à ce sujet les remarques qui ont été faites n'expriment qu'une « tendance », très générale sans doute, mais qu'il ne serait pas conforme à la réalité de vouloir présenter comme une règle absolue ; chemin faisant d'ailleurs des exceptions ont été relevées par rapport à ce qui semblait cependant constituer le « droit commun » des méthodes du juge.

Finalement, l'importance du contexte est prépondérante pour jauger la signification et la portée d'expressions comme celles qui ont été recensées ; mais c'est là un problème qui concerne le fond du droit, les méthodes de l'interprète des décisions du juge administratif peut-être aussi, mais non plus les méthodes proprement dites de ce dernier.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

C'est sans doute — parmi d'autres raisons — parce que, pour paraphraser le vers de Corneille, « il a des qualités au-dessus du vulgaire » que le juge administratif « a le don de se taire » (78) ; et en particulier de se taire sur le système des méthodes qu'il utilise dans la conduite de sa tâche juridictionnelle.

C'est là une remarque que tous ceux qui se sont penchés sur la question ont faite, et à leurs dépens : le juge administratif — particulièrement le Conseil d'Etat — conserve volontiers sur les méthodes qu'il utilise un certain secret ; ce secret certainement dont Maeterlinck affirme qu'il « est l'élément dans lequel se forment les grandes choses » (79) ; et Maeterlinck avait été avocat...

Pourtant, au terme de cette Partie, il nous semble personnellement pouvoir écrire que ces méthodes existent ; que même elles ont une importance capitale ; et que à la fois leur multiplicité et leur souplesse sont comme la condition et l'illustration du large emploi qu'en fait le juge.

Mais on ne saurait trop rappeler qu'il ne s'agit là que de méthodes, c'est-à-dire d'instruments ; et que, très naturellement, elles cèdent lorsque les résultats auxquels elles conduisent sont trop évidemment choquants pour la justice ou pour l'équité. Aussi bien cette Partie doit-elle être comprise comme constituant une tentative de recensement et de mise en ordre des méthodes juridictionnelles utilisées par le juge administratif ; elle ne saurait prétendre à constituer un guide *a priori*, car l'adoption d'une méthode définie est avant tout fonction du problème de fond qui est soumis au juge. Ce n'est pas dire que la présente étude souhaite se situer au niveau de la pure théorie ; elle voudrait être d'abord un essai d'explication ; simplement, il faut affirmer que le juge seul est à même de caractériser, et d'adopter ou d'écarter, les méthodes qu'il utilise.

D'autre part il ne faut pas se dissimuler que la présentation adoptée ici, qui consiste à étudier successivement les méthodes du juge dans l'examen du litige puis dans la rédaction de la décision, pour logique qu'elle puisse paraître à première vue, conserve néanmoins

(78) A vrai dire, la remarque que Corneille met dans la bouche de Cliton (*Le Menteur*, acte I, scène IV) a une pertinence plus quotidienne que tout ce qui concerne les méthodes du juge : « Quand une femme a le don de se taire, elle a des qualités au-dessus du vulgaire. »

(79) Maurice Maeterlinck, *Le Trésor des humbles, Le silence*, t. I (1896).

une part d'artifice ; l'examen du litige se poursuit jusqu'à la fin du délibéré, et la rédaction de la décision commence dès l'avant-projet du Rapporteur. Là encore il nous a semblé utile de sacrifier à la clarté de l'exposition ; encore convenait-il de rappeler que, ce faisant, nous étions conscient de nous écarter un peu de la réalité.

Le juge administratif a, pour le guider dans sa tâche juridictionnelle, la faculté d'avoir recours à certaines méthodes, que d'ailleurs il a, pour la plupart, lui-même dégagées.

Sur celles-ci se greffent parfois d'autres procédés qui constituent les méthodes jurisprudentielles du juge administratif.

DEUXIEME PARTIE

**LES METHODES JURISPRUDENTIELLES
DU JUGE ADMINISTRATIF**

Objet et plan de la partie. — Parler des méthodes *juridictionnelles* du juge ne surprendra personne : n'est-ce pas précisément la fonction du juge que de trancher les différends ?...

On s'écarte déjà un peu du terrain solide des réalités communément admises lorsqu'on entend décrire les méthodes *jurisprudentielles* du juge administratif ; car c'est admettre expressément que celui-ci est à l'origine d'une partie du droit positif ; que la jurisprudence est une source formelle du droit (1).

Aussi bien cette première difficulté retiendra-t-elle d'abord, durant quelques pages, l'attention (Chapitre préliminaire) ; car il convient de se limiter à quelques remarques sur un sujet qui a déjà été longuement débattu, et avec des lumières et une autorité qui nous font défaut.

Cette question réglée — et l'on admettra que, du moins pour ce qui est du droit administratif, la jurisprudence constitue bien une source formelle du droit — il restera à examiner d'une part l'origine (2) des règles posées par le juge, d'autre part les méthodes que celui-ci utilise pour incorporer ces règles nouvelles au droit positif ; à l'étude de l'origine du droit jurisprudentiel (Titre I), succédera celle de l'expression de ce droit (Titre II).

(1) Il est bien entendu que nous limitons notre propos au champ du droit administratif.

(2) ... Ou, si l'on veut, les sources matérielles.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LA PLACE DU DROIT JURISPRUDENTIEL DANS LE DROIT POSITIF (Juge administratif et droit écrit)

La question qui se pose. — Le système juridique français (1) laisse-t-il la place à un droit jurisprudentiel ? Cette question est classique (2), et nous n'avons ni le désir, ni la prétention de rouvrir le débat (3).

Simplement, peut-être n'est-il pas inutile de faire remarquer que le problème lui-même peut être abordé de deux façons différentes.

Recherche d'une réponse dans les textes. — La première approche consiste à s'interroger sur la reconnaissance par le constituant ou par le législateur d'une source formelle de droit autonome : la jurisprudence, celle-ci se comprenant comme l'expression de normes générales et abstraites, comparables par là aux règles légales (4).

La Constitution du 4 octobre 1958, pour sa part, ne contient certes pas une telle reconnaissance ; elle est muette sur la question, comme l'était d'ailleurs déjà la Constitution de 1946. On pourrait cependant être tenté de tirer argument — un argument négatif d'ailleurs — du principe de la séparation des pouvoirs, en vertu duquel « l'autorité judiciaire ne peut, en France, rien entreprendre sur la fonction législative » (5) ; mais comme le remarque M. Maury (6), ce principe n'est pas absolu (7), et interdit simplement

(1) Précisons encore une fois que nous ne parlons ici que du droit administratif.

(2) La présentation de la question, qui n'est pas d'abord ni exclusivement juridique, est très intéressante dans l'ouvrage de J. Cruet : *La vie du droit et l'impuissance des lois* (Paris, 1908).

(3) Voir sur l'ensemble de la question, entre autres, le très intéressant article de O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges Maury*, *op. cit.*, p. 349.

(4) Cf. J. Maury : « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », in *Études offertes à G. Ripert*, t. I, p. 29.

(5) Fr. Génv : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*, t. II, pp. 33 et s.

(6) J. Maury : « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *op. cit.*, note 1, *eod. loc.*

(7) Cf. la démonstration de Lebrun, *La coutume*, Th. Paris, 1932, en particulier pp. 404 et s.

un système analogue au système anglo-saxon du précédent (8). Finalement les principes constitutionnels (9) expriment simplement la résolution révolutionnaire de prohiber pour l'avenir les arrêts de règlement ; ils ne s'opposent pas à la formulation par le juge de règles générales, matériellement proches des règles de droit écrit (10), à l'occasion de la conduite de sa tâche juridictionnelle.

Les règles constitutionnelles n'apportent donc aucune réponse à la question qui était posée.

L'examen de l'attitude du législateur peut paraître plus enrichissant (11).

Il est en effet un article 4 du Code civil qui menace des peines qui sanctionnent le déni de justice « le juge qui refusera de statuer, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Comme l'a fait remarquer excellemment M. Waline, qu'y a-t-il là, sinon l'affirmation de la plénitude nécessaire de l'ordre juridique (12). Or le législateur n'ayant pas la possibilité de tout prévoir (13), c'est au juge qu'il revient de combler, de sa propre autorité, ce « *vacuum juris* ».

Ces remarques sont d'autant plus intéressantes qu'elles vont au fond des choses, puisqu'elles sont, après tout, une élégante explication juridique, de cette certitude que les réalités dont le juge a à connaître seront toujours plus complexes que celles qui ont motivé l'intervention du législateur.

Toutefois il faut bien reconnaître — comme le fait remarquer M. Maury (14) — que la question demeure de savoir si l'article 4 du Code civil invite seulement le juge à régler, dans chaque espèce — on serait tenté d'écrire au « coup par coup » — les questions qu'il rencontre, et pour la solution desquelles le droit écrit est sans secours (15) ; ou si, allant plus loin, ce texte habilite le juge

(8) Sur le système du précédent et l'autorité qui s'attache à la décision de justice en Angleterre, cf. R. David, *Introduction au droit privé de l'Angleterre*, pp. 142 et s.

(9) ...Reproduits d'ailleurs dans l'article 5 du Code civil qui défend aux juges « de prononcer par voie de disposition légale ou réglementaire ».

(10) Sur tous ces points, voir l'analyse très complète et très dense de J. Maury : « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *op. cit.*, pp. 28, 29 et 30.

(11) Cf. sur ce point les remarques de P. Esmein, *La jurisprudence et la loi*, Rev. trim. de droit civil, 1952, p. 17, et celles de O. Dupeyroux dans l'article précité : « La jurisprudence source abusive de droit », *op. cit.*, *Mél. Maury*, pp. 349 et s.

(12) Il faut, sur toute cette question, se référer aux très intéressants développements que M. Waline consacre à cette question ; M. Waline : « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, t. II, pp. 612 et s., en particulier, pour la question examinée ici, nos 6 à 14. On peut en rapprocher la thèse de M. Chrétien, *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle*, Th. Lille, 1936, en particulier pp. 21 et s.

(13) ...Et M. Waline, dans l'étude précitée (n° 12) démontre, à titre complémentaire, que le principe de liberté posé par l'article 5 de la Déclaration des Droits, même complété par l'appel à la coutume, ne peut, à lui seul, apporter réponse à toutes les questions qui peuvent être posées au juge.

(14) J. Maury : « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », *op. cit.*, p. 30, n. 4.

(15) En ce sens, Fr. Gény : « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », *op. cit.*, t. I, pp. 33 et s.

à créer lui-même, dans le silence des textes, telle règle générale qu'il estime opportune (16) et (17). Et ce n'est que dans ce second cas qu'il est légitime de parler d'un droit jurisprudentiel (18).

Ainsi cette approche strictement juridique, pour n'être certes pas dépourvue d'intérêt, ne permet pas une réponse définitive à la question posée.

Recherche d'une réponse sur le terrain des constatations positives. — Aussi bien est-ce du côté des constatations positives qu'il faut maintenant se tourner, pour savoir si l'existence d'un droit jurisprudentiel apparaît ou non comme une réalité.

Or c'est là une constatation aujourd'hui généralement admise : la jurisprudence administrative est une des sources formelles du droit administratif. Les règles que le juge a, dans le silence de la loi, découvertes et explicitées, sont appliquées quotidiennement, tant par l'Administration active dans les rapports qu'elle entretient avec les particuliers, que par le juge lorsqu'il a à trancher, par application du droit, un litige qu'on lui soumet.

Plus encore : la même unanimité se retrouverait sans doute pour admettre que le droit jurisprudentiel doit être placé à la première place (19). La première d'abord historiquement, parce que c'est le Conseil d'Etat qui, le premier, a eu conscience de la nécessité d'un droit, pour régir le comportement de l'Administration, alors que la loi des 16-24 août 1790 avait surtout en vue la création d'une sorte de vide juridictionnel.

La première place aussi, parce que le juge a très vite compris que la tâche juridictionnelle devait être gouvernée par quelques grands principes qui en soient à la fois l'explication et le guide ; la juxtaposition de décisions de justice particulières était insatisfaisante, et impropre à constituer une référence sûre et solide pour les comportements à venir de l'Administration.

Il fallait dégager des règles générales, de portée vaste, dont chaque décision de justice ne serait que l'application à un cas parti-

(16) La distinction est posée par Domat : « Mais comme les arrêts ne sont rendus que sur des différends particuliers et qu'ils ne sont pas en forme de règlements, on ne lasse pas de faire renaitre les mêmes questions, sous prétexte que les arrêts peuvent être rendus dans des circonstances particulières. » Domat : « Les lois civiles dans leur ordre naturel », Paris, 1757, in *Préface*.

(17) On retrouve ici, d'un point de vue un peu différent, la vieille querelle entre les doctrinaires et les pragmatistes, sur la question des caractères que doit revêtir la jurisprudence administrative ; les éléments dominants du débat sont fournis par certaines études bien connues. J. Rivero : « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, chr. p. 99 ; B. Chenot : « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1950, p. 77 ; B. Chenot : « L'existentialisme et le droit », *R.F.S.P.*, 1953, p. 57.

(18) C'est cette seconde interprétation que M. Latournerie semble tenir pour la bonne ; mais, sur ce point, sa pensée n'est pas explicitée. Cf. R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 256.

(19) Cela est sans doute moins vrai de domaines tels que le droit fiscal, ou le droit des pensions, dans lesquels une réglementation abondante et éphémère l'emporte sur l'énoncé de règles générales et permanentes au champ d'application plus large.

culier (20). Ce travail a été l'œuvre du juge lui-même et non du législateur (21).

Ainsi le réalisme le plus élémentaire oblige aujourd'hui à admettre que la jurisprudence administrative est une source formelle du droit : le droit jurisprudentiel existe.

Plan du chapitre. — Et le rôle et la place qu'il a acquis en droit administratif s'expliquent d'une part en raison des faiblesses de la législation écrite (§ 1^{re}), d'autre part en raison de l'attitude d'indépendance qu'adopte le juge administratif à l'égard de la loi écrite (§ 2).

§ 1^{re}. — *Les faiblesses de la législation écrite en droit administratif*

Origine. — La faiblesse du droit administratif écrit (22) est chose bien connue (23) et constatée de longue date. Cormenin le notait déjà avec vigueur : « La matière administrative est régie par une foule de lois monstrueuses... indigestes, confusément entassées dans le réceptacle du Bulletin ; les unes sont noyées dans des détails fastidieux et perdent de vue le principe général. Les autres sont trop brèves et d'une disposition tellement générale qu'on ne peut y puiser aucune interprétation pour les cas particuliers » (24). Ailleurs, le même auteur précisait que « la législation du régime représentatif... manquait d'unité dans son ensemble, de clarté dans

(20) R. Saleilles avait parfaitement perçu cette nécessité : « Nous avons des lois administratives qui se présentent un peu à l'état dispersé ; chacune est, à l'apparence, indépendante de l'autre. Il semble donc qu'elle va pouvoir s'interpréter comme si elle était seule, sans référence aux autres. Entre elles, il n'y a pas d'unité, de communauté de principes... la jurisprudence administrative ne pouvait s'attarder longtemps à cette méthode fragmentaire. » R. Saleilles in *Les méthodes juridiques* (Paris, Giard et Brière, in-8°, 1910), introduction, p. 18.

(21) Ce n'est pas dire d'ailleurs que cela va sans inconvénient, mais simplement qu'il y avait là une nécessité inéluctable. Sur les rapports du législateur et du juge, du point de vue qui est le nôtre ici, on nous pardonnera de renvoyer encore à Aristote, qui a posé et résolu le problème en des termes aussi simples qu'actuels. Cf. Aristote : *Rhétorique*, t. I, 1354 b.

(22) R. Saleilles étendait même la remarque à la totalité des domaines du droit écrit : « presque toujours, une loi n'a qu'un point isolé en vue ; toute l'histoire démontre qu'une loi n'intervient que lorsqu'un abus précis s'est fait jour, dont l'excès a fini par soulever l'émotion publique ». R. Saleilles : *Préface* à l'ouvrage de Fr. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. 16.

(23) On ne peut faire mieux que de renvoyer ici à la haute autorité de Laferrière : « Lorsqu'on a recueilli et commenté les règles de droit peu nombreuses et générales (ce texte est écrit en 1896) qui ne font que jalonner le vaste domaine du contentieux administratif, il faut s'y orienter à l'aide de la jurisprudence. » Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1896, 2^e éd., 2 vol., in Introduction. Pourtant, à la même époque, un autre auteur, L. Michoud, tout en admettant que « la tâche jurisprudentielle est plus étendue en droit public qu'en droit privé » n'hésitait pas à affirmer « notre droit public, comme notre droit privé, est un *jus scriptum* ». L. Michoud : « Responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », in *R.D.P.*, 1895, 2^e, t. IV, p. 273. Hauriou, plus tard, dénonçait à son tour des lois « de plus en plus mal faites... qui conspirent à donner à la fois du travail et de l'importance à la jurisprudence et aux arrêttistes ». Hauriou : *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23, 1933.

(24) Louis de Cormenin : « Du Conseil d'Etat », in *Questions de droit administratif*, op. cit., *supra*.

sa rédaction, de généralité dans ses effets, d'efficacité dans ses moyens et de prévoyance dans son but » (25).

La faiblesse quantitative du droit écrit. — Il est d'abord certains domaines dans lesquels c'est quantitativement que le droit écrit est insuffisant.

Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la définition du domaine public, et la qualification du droit dont les collectivités publiques disposent sur ce domaine, c'est la jurisprudence qui est seule intervenue. En effet, si la loi décide parfois de rattacher certaines catégories de biens au domaine public ou au domaine privé de l'Etat, il n'existe pas d'énumération exhaustive ni de définition législative des deux domaines (26). C'est donc dans la jurisprudence essentiellement que doivent être recherchés les critères applicables à la matière (27) ; ceux-ci, on le sait, correspondent à la double idée d'affectation à l'usage public ou d'affectation à un service public ; dans ce second cas, la jurisprudence retient comme facteur de limitation, la notion d'aménagement spécial, que celui-ci soit naturel ou artificiel (28).

Le législateur, pour sa part, a toujours limité son intervention en cette matière à la consécration de quelques solutions particulières ; ainsi, par exemple, une ordonnance du 7 janvier 1959 a rangé les chemins ruraux dans le domaine privé communal, bien que ceux-ci soient évidemment affectés à l'usage public (29).

La faiblesse du droit écrit est aussi remarquable pour ce qui est des contrats administratifs. Le législateur n'a jamais proposé une définition précise du contrat administratif qui permette de distinguer *a priori* celui-ci du contrat de droit privé auquel est partie une personne publique.

La loi se contente d'affirmer le caractère administratif de certains types de contrats (30) ; il en va ainsi des marchés de travaux publics et des ventes d'immeubles de l'Etat, aux termes de la loi du

(25) Louis de Cormenin : *Questions de droit administratif*, 3 vol. in-8°, Paris, 1837, in *Préface*, p. 10 ; et le clairvoyant auteur ajoutait d'ailleurs que cette imperfection de la législation administrative aurait pour conséquence une place de plus en plus importante de la jurisprudence vis-à-vis de la loi. Cormenin, *op. cit.*, p. 11.

(26) Cf. A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.*, t. II, n° 216.

(27) A ce sujet, il faut remarquer que le juge administratif est seul compétent pour définir et délimiter le domaine public ; cette question constitue ainsi, pour les tribunaux de l'ordre judiciaire, une question préjudicielle (Cass. civ., 31 octobre 1956 : *J.C.P.*, 1957, II, 9916 et C.E. 16 novembre 1960, commune du Bugue : *D.*, 1961, p. 173, concl. Henry) ; cependant, cette solution fait l'objet de critiques : cf. G. Vedel, note au *J.C.P.*, 1952, II, 7312.

(28) Sur le critère de l'affectation à l'usage du public, cf. C.E. 28 juin 1935, Mougamadousadagnetoullah, *Leb.*, p. 734, dont un considérant est de principe : « Considérant qu'il (un cimetière) est affecté à l'usage du public et qu'il doit, dès lors, être compris parmi les dépendances du domaine public. » Sur le double critère de l'affectation à un service public et de l'aménagement spécial, la décision de principe est bien connue : C.E. 19 octobre 1956, Société Le Béton, *D.*, 1956, p. 681, concl. Long.

(29) Cf. Singer : « La réforme de la voirie communale et ses conséquences pour les particuliers », *A.J.D.A.*, 1961, I, 69.

(30) A vrai dire, cette détermination est indirecte, en ce que la loi se contente de prévoir la compétence administrative pour le contentieux de ces contrats.

28 pluviôse an VIII (31) ; la solution est la même pour les contrats comportant occupation du domaine public (32) ; enfin les lois du 17 juillet 1790 et du 26 septembre 1793 confient au Conseil d'Etat le contentieux des contrats d'emprunts publics de l'Etat, affirmant ainsi le caractère administratif de ces contrats.

Mais l'intervention du législateur s'est limitée à ces quelques solutions particulières ; et c'est la jurisprudence qui a, par quelques arrêts de principe bien connus (33), cherché à préciser les critères du contrat administratif, et, partant, la frontière entre l'activité de l'administration puissance publique et son activité « privée » (34).

Enfin, et nous terminerons sur ce point par l'exemple sans doute le plus remarquable. La théorie générale de la responsabilité a été construite par la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits ; M. de Laubadère voit dans cette construction « une de leurs œuvres prétoriennes les plus typiques et les plus remarquables » (35).

Le législateur, en revanche, a limité son intervention en ce domaine à quelques textes spéciaux, propres à certaines matières, qui ne traduisent même pas une réponse bien précise à la question du fondement de la responsabilité des personnes publiques. Ainsi l'irresponsabilité légale du service des P.T.T. résulte-t-elle de textes divers, dont le plus ancien a été la loi du 5 nivôse an V ; elle est aujourd'hui consacrée par les articles L. 7, L. 37 et L. 107 du Code des P.T.T. (36). A l'inverse, le régime de réparation des dommages de guerre, mis en place par la loi du 17 avril 1919 pour la première guerre mondiale, et par celle du 28 octobre 1946 pour la seconde, correspond à un système de responsabilité sans faute. C'est un système analogue de réparation en dehors de toute faute de l'administration que la loi du 16 avril 1914 (37) organise au cas de dommages causés par les attroupements et rassemblements ; la charge

(31) La jurisprudence assimile aux marchés de travaux publics les offres de concours ; M. de Laubadère estime cette assimilation « abusive » ; cf. A. de Laubadère : *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, n° 322.

(32) En vertu d'un décret-loi du 17 juin 1938.

(33) C.E. 31 juillet 1912, Société des Granits porphyroïdes des Vosges, *Leb.*, p. 912, concl. L. Blum ; C.E. 23 décembre 1921, Société générale d'armements, *R.D.P.*, 1924, p. 390, concl. Rivet ; C.E. 7 mars 1923, Hellenic Transport, *Leb.*, p. 222 ; et plus récemment, C.E. 20 avril 1956, époux Bertin, *D.*, 1956, p. 433, note de Laubadère ; et T.C. 13 janvier 1958, Préfet du Puy-de-Dôme, *D.*, 1958, p. 412, note Blaevoët.

(34) La jurisprudence a aussi semblé, un moment durant, vouloir s'orienter vers une détermination « par bloc » du régime juridique des contrats ; ainsi, par exemple, des contrats passés par un service public industriel et commercial ; mais cette jurisprudence n'a jamais eu la rigueur qu'on lui a parfois prêtée.

(35) A. de Laubadère : *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., t. I, n° 1126. On peut même ajouter que cette construction prétorienne s'est faite dès le début dans l'ignorance volontaire des solutions législatives, puisque le Conseil d'Etat s'est alors très nettement affranchi des textes légaux de droit privé et en particulier des articles 1382 et suivants du Code civil ; cf. C.E. 6 décembre 1855, Rothschild, *Leb.*, p. 707 ; et le célèbre arrêt T.C. 1^{er} février 1873, Blanco, *S.*, 1873, 3, p. 153, concl. David.

(36) Cette irresponsabilité souvent considérée comme « un anachronisme choquant » (cf. A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., t. I, n° 1235) est d'ailleurs limitée et parfois tempérée par un système d'indemnisations forfaitaires.

(37) Art. 116 à 122 actuels, du Code de l'Administration communale.

de la réparation des préjudices pèse alors sur les communes, sous réserve d'une participation de l'Etat (38).

D'autres régimes législatifs de responsabilité aboutissent à une substitution de responsabilité ; telle la loi du 5 avril 1937 (39) qui substitue la responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public pour les dommages causés par les élèves ou aux élèves placés sous leur surveillance (40).

Dans tous ces cas (41), l'intervention du législateur se limite à des solutions particulières que la jurisprudence aura encore à exprimer et à mettre en harmonie avec le système général qu'elle a elle-même dégagé.

Ces exemples — et l'on pourrait en développer d'autres (42) — montrent que, dans de nombreux secteurs importants du droit administratif, le droit écrit est largement inexistant. Le droit jurisprudentiel apparaît alors comme une nécessité.

La faiblesse qualitative du droit écrit. — Dans d'autres cas — et le paradoxe n'est qu'apparent — c'est au contraire la multiplicité même (43) et le particularisme, souvent aussi la précarité de la législation administrative qui sont la cause de sa faiblesse et qui appellent finalement l'intervention de règles jurisprudentielles ; la jurisprudence doit alors harmoniser les solutions particulières et dégager d'une législation, apparemment incohérente et fuyante, les principes essentiels qui dominent la matière.

L'examen des sources du droit de la fonction publique, avant le statut du 19 octobre 1946 (44), en donne un exemple significatif.

Jusqu'à la seconde guerre mondiale, les textes écrits relatifs à la fonction publique se limitaient à certains « statuts particuliers » propres à certains corps (d'ailleurs souvent hérités des statuts particuliers existants sous l'Ancien Régime). En revanche, les dispositions législatives générales, communes à l'ensemble des fonctionnaires, étaient peu nombreuses et ne concernaient que certains points limités ; c'était par exemple le célèbre article 65 de la loi du 22 avril 1905 rendant obligatoire la « communication du dossier » en matière disciplinaire.

(38) Mais, dans les rapports entre l'Etat et la commune, l'idée de faute réapparaît alors que, vis-à-vis des tiers, la loi du 16 avril 1914 consacre une responsabilité sans faute.

(39) Cf. M. Waline : « Commentaire de la loi de 1937 », *D.*, 1938, IV, p. 41.

(40) De la même façon, la loi du 7 février 1933 a substitué la responsabilité de l'Etat à celle des magistrats, au cas de prise à partie.

(41) On pourrait encore citer ici le régime des pensions d'invalidité des fonctionnaires qui offre un exemple de régime légal de réparation de dommages non imputables à une faute du service public ; et un décret du 5 mars 1962 qui organise la réparation des dommages résultant d'attentats en relation avec les événements d'Algérie (*A.J.D.A.*, 1962, chr. Théry, p. 223). Cependant, dans d'autres cas, l'intervention du législateur vient au contraire remédier aux faiblesses d'une jurisprudence, ainsi de la mise en place, par voie législative, d'un système de responsabilité sans faute en matière de vaccinations ou de dommages causés par l'exploitation de l'énergie nucléaire.

(42) En matière de recours pour excès de pouvoir, la remarque a été faite depuis longtemps, qui constate l'insuffisance des textes écrits : cf. les conclusions du commissaire du Gouvernement Aucoc, sur C.E. 13 mars 1867, Bizet, *S.*, 1868, 2, 91.

(43) Cf. en ce sens, R. Cassin : « Les grands principes de l'organisation et du fonctionnement de la justice administrative en France, in *La justice, op. cit.*, p. 294.

(44) Précédé par la loi du 14 septembre 1941, annulée à la libération.

Le Conseil d'Etat avait donc la possibilité, au-delà de ces nombreuses règles particulières, de dégager une sorte de « statut général jurisprudentiel » de la fonction publique ; et l'on doit admettre que, durant la première moitié de ce siècle, cette tâche fut largement menée à bien ; la première manifestation — et en même temps le moyen privilégié — en étant la large ouverture aux fonctionnaires de la voie du recours pour excès de pouvoir (45). A la faveur de ce contentieux, le Conseil d'Etat a construit un système jurisprudentiel de garanties communes à tous les fonctionnaires (46), tantôt à partir de textes particuliers interprétés largement et dans leur esprit plus que dans leur lettre (telle la règle de la communication du dossier qui a été rappelée plus haut), tantôt en invoquant les principes généraux du droit.

Un exemple plus actuel de cette même tendance à la prolifération de textes dans un domaine défini est fourni par la législation relative à l'action de l'Etat dans le secteur immobilier.

La loi d'urbanisme du 15 juin 1943 (47) constitue le premier texte important applicable en matière d'urbanisme et de permis de construire. Au lendemain de la guerre, la loi du 28 octobre 1946, écrite d'abord pour porter remède aux dommages de guerre, allait cependant au-delà de ce problème, et amorçait une politique de remembrement urbain cohérente. Les lois du 21 juillet 1950 et du 8 août 1950 mettent en place un régime d'aide financière à l'activité immobilière. L'année 1953 fut celle de la « loi foncière » (48). L'année suivante est réalisé un essai de codification de la matière par le décret du 26 juillet 1954. Peu après est promulguée une « loi-cadre sur la construction », datée du 7 août 1957, dont certaines dispositions resteront toujours lettre morte, faute de textes d'application les concernant. A la fin de 1958, de très nombreux textes interviennent en ce domaine dont on mentionnera que l'ordonnance du 23 octobre 1958 sur la réforme de l'expropriation pour cause d'utilité publique et les ordonnances et décrets du 31 décembre 1958 ; il faudrait encore citer — et sans prétendre être complet — la loi d'orientation agricole du 5 août 1960 et la loi complémentaire du 8 août 1962, enfin les décrets du 14 février 1963 relatifs à l'organisation du territoire (49).

On le constate, la prolifération et la dispersion des textes sont extrêmes, et laissent au juge la charge de découvrir et d'exprimer les principes directeurs de la matière.

La matière fiscale fournirait certainement des exemples également significatifs de cette incohérence et de cette précarité de la législation administrative.

(45) C.E. 8 mars 1912, Lafage, *S.*, 1912, 3, 7, concl. Pichat, note Hauriou.

(46) Cf. A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., t. II, n° 32.

(47) H. Puget : « Le nouveau droit de l'urbanisme », in *Rev. urbanisme*, avril-mai 1943.

(48) Loi du 6 août 1953 ; cf. Liet-Veaux : « La loi foncière », *J.C.P.*, 1954, I, 1190.

(49) Cf. sur tous ces points, A. de Laubadère : *Traité élémentaire de droit administratif*, t. II, n° 690, à qui nous empruntons largement cette énumération.

Un remède limité : la codification administrative. — Ce n'est pas que — conscientes de ces inconvénients — les autorités compétentes n'aient cherché à y porter remède. On pouvait espérer découvrir ce remède dans un travail de codification ; force est de constater que, malheureusement, ce travail n'a pas résolu la difficulté, quand, même, il ne l'a pas aggravée.

Les raisons en sont fort simples.

Tout d'abord la codification n'a jamais eu qu'une portée limitée, certaines questions en étant strictement exclues.

D'autre part l'idée de codification n'a jamais bénéficié parmi les juristes de droit administratif d'une très bonne presse (50) ; ainsi pour Gaston Jeze « les progrès (du droit administratif) n'ont été possibles qu'à raison de l'absence d'un Code administratif » (51). Berthelémy recensait de même les « avantages » qu'avait en droit administratif, l'absence de codification (52) ; tandis que Saleilles célébrait « la chance » du droit administratif « qui n'est pas codifié » (53) et (54). Ce que de tels esprits redoutent finalement c'est, pour reprendre le mot d'Emile Boutmy, la « mise en disponibilité de l'histoire et des historiens » que signifie la codification (55) et (56).

Aussi bien, en ce qui concerne le droit administratif, l'ambition a-t-elle toujours été mesurée. Plus que d'une codification théorique, il s'agissait de mettre de l'ordre, d'éviter cette constatation désabusée de deux éminents membres du Conseil d'Etat : « le foisonnement des textes législatifs et réglementaires est devenu tel en France que personne n'oserait plus invoquer le vieux principe : nul n'est censé ignorer la loi. C'est plutôt le contraire qui serait vrai : tout le monde l'ignore et les spécialistes eux-mêmes se trouvent bien mal à l'aise au milieu de ce maquis » (57). Mettre de l'ordre était

(50) Récemment encore, une plume aussi autorisée que celle de M. le Président Odent, dénonçait la « vanité » de toute tentative de codification, tout en admettant, d'ailleurs, que « le rôle du juge chargé de dire un droit aussi fluide est décisif ». R. Odent : *Contentieux administratif*, op. cit., t. I, p. 15.

(51) G. Jeze : « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 347. C'est au fond la même idée qui avait été exprimée par Fr. Gény : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., (en particulier t. I, pp. 23 et s.) pour qui l'interprétation stricte se rattache à une conception inexacte de la loi, et à une portée excessive accordée à l'œuvre de codification.

(52) Berthelémy in *Les méthodes juridiques*, ouvrage collectif (Paris, Giard et Brière, 1910), p. 69.

(53) R. Saleilles, *Préface* à l'ouvrage collectif, *Les méthodes juridiques*, op. cit., p. 18.

(54) Cf. encore, D. Pépy : « Justice anglaise et justice administrative française », *E.D.C.E.*, 1956, pp. 159 à 175, spéc. p. 162.

(55) E. Boutmy : « Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques », in *Rev. internationale de l'Enseignement*, 1890-1^{er}, t. XVII, p. 222 ; plus savamment, l'éminent auteur précise « La codification, c'est la philosophie de la volition créatrice et du plan réfléchi se substituant à la philosophie de l'évolution par modifications partielles et successives. » Sans doute, E. Boutmy a-t-il en vue les codifications napoléoniennes, il reste que les remarques qu'il formule ont une portée générale. Cf. encore, E. Roguin : « Observations sur la codification des lois civiles », in *Rev. publiée par la Faculté de Droit de Lausanne à l'occasion de l'exposition nationale suisse*, 1896, pp. 73 et s.

(56) Ces problèmes ne sont pas foncièrement différents de ceux que pose actuellement l'entreprise partielle et discutée de codification en droit international public.

(57) G. Michel et L. Canet : « Le Conseil d'Etat et la codification », in *Livre jubilaire*, op. cit., p. 468.

en effet un souci louable, et sur ce point il semblait que l'accord se réalisait aisément.

Mais cette modestie volontaire de l'œuvre de codification l'entraînait inévitablement à n'être qu'une compilation ; la mise en ordre serait toute matérielle ; ce serait la réunion en un document unique, avec une numérotation adéquate (sinon simple : qu'on pense au Code général des Impôts), de textes épars. En revanche, on s'interdisait, dans la majorité des cas, d'harmoniser entre elles les dispositions mêmes de ces divers documents (58). La Constitution de 1958, en imposant une division matérielle des dispositions concernant une même question, entre partie législative et partie réglementaire d'un même Code, n'a pas non plus été favorable à une codification moins formelle.

Ainsi étaient marquées, dès le départ, les limites des codifications administratives. S'y ajoute le fait que de nombreux textes, en particulier les textes postérieurs à la codification, restent aujourd'hui extérieurs à celle-ci. Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'intervention publique dans le secteur immobilier (59), deux codes intéressent actuellement la matière : le Code de l'Urbanisme et de l'Habitation (60) et, d'autre part, le Code Rural ; mais de nombreux textes, et parmi les plus importants, restent hors codification : ainsi d'un assez grand nombre d'ordonnances et de décrets édictés depuis 1958 en la matière.

On trouverait des exemples de codifications de ce type dans pratiquement tous les domaines du droit administratif (61). Le Code général des Impôts qui est un règlement d'administration publique, daté du 6 avril 1950, réunit en un document unique les divers textes relatifs aux impôts (62 et 63). De la même façon, la codification de la matière des pensions militaires d'invalidité a été réalisée par trois décrets et un arrêté du 24 avril 1951. Le Gouvernement a même, un temps durant, semblé vouloir s'orienter vers une codification générale, touchant l'ensemble de la matière administrative ; c'est ainsi qu'on peut, semble-t-il, interpréter la constitution, par un

(58) Fréquemment le codificateur (le Gouvernement) n'était pas constitutionnellement en droit de modifier la lettre des dispositions qu'il collectait, spécialement lorsque celles-ci étaient des lois formelles, sauf lorsqu'une loi l'avait expressément autorisé à modifier par décret des textes législatifs. Mais cette autorisation, donnée pour l'élaboration du Code minier, est restée exceptionnelle.

(59) Cf. *supra*.

(60) ... qui date du décret du 26 juillet 1954.

(61) Au demeurant, si un effort particulier a été entrepris dans ce domaine depuis 1945, la tendance à la codification n'est pas nouvelle ; elle s'exprime déjà dans des textes comme le décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique, la loi du 10 août 1871 sur le département ou la loi municipale du 5 avril 1884.

(62) La rédaction avait été facilitée par des travaux partiels entrepris auparavant et qui avaient débouché sur la rédaction de neuf codes spéciaux dont les principaux sont entrés en vigueur le 27 décembre 1934 : Code des impôts de l'Alsace-Lorraine ; Code des impôts et taxes assimilées ; Code spécial à la ville de Paris ; Code fiscal des valeurs mobilières ; Code de l'enregistrement ; Code des contributions indirectes ; Code des droits de douane ; Code minier ; Code de l'urbanisme ; Code des P. et T., etc.

(63) En réalité, l'expérience aujourd'hui la plus intéressante est celle qu'a entreprise le Centre de documentation du Conseil d'Etat, qui met en mémoire la totalité du Code général des Impôts et un programme permettant de consulter celui-ci par ordinateur.

décret du 10 mai 1948, d'une Commission supérieure de la codification (64).

Pour remédier à un des inconvénients majeurs des codifications administratives, celui de n'être jamais à jour, mais toujours dépassées par la parution de textes nouveaux postérieurs à la codification, il a paru utile de s'orienter vers un système de « codification permanente » (65), qui consiste en une révision systématique de chaque Code lors de l'apparition d'un texte nouveau, pour que celui-ci y soit incorporé.

Finalement les codifications administratives (66) sont d'une portée limitée (67), et ne constituent certes pas un remède suffisant à l'incohérence, à la multiplicité et à la précarité des dispositions législatives et réglementaires régissant certaines matières ; ces codifications ne sont certes pas sans valeur mais restent particulières, incomplètes, parfois périmées, et purement formelles.

Là encore la jurisprudence a sa place pour, au-dessus et à partir des multiples et confuses dispositions du droit écrit, dégager les principes directeurs qui gouvernent chaque question. La remarque en est faite par M. Latournerie, qui admet même que « la valeur effective et la puissance contraignante des règles du droit écrit et, la limitation des pouvoirs du juge à leur égard, sont inversement proportionnelles au nombre de ces règles » (68).

Conclusion sur ce point. — La conclusion est claire : les faiblesses (69) de la législation écrite invitent directement le juge administratif à affirmer largement son pouvoir normatif.

Et si l'on en veut un dernier exemple, on se référera à la matière des travaux publics qui illustre à la fois la faiblesse qualitative du droit écrit et son insuffisance quantitative. On sait en effet que, dans son ensemble, la théorie des travaux publics a son origine dans le seul article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui réservait aux conseils de préfecture le contentieux des travaux publics. A partir de cette attribution légale de compétence, la jurisprudence a défini un régime juridique très particulier en même temps qu'elle interprétait largement la notion de travail public (70). Aujourd'hui,

(64) Sur la place qui revient naturellement aux sections administratives du Conseil d'Etat en ce domaine, voir G. Michel et L. Canet : « Le Conseil d'Etat et la codification », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 467 à 471.

(65) Cf. G. Ardent : « La codification permanente des lois, règlements et circulaires », *R.D.P.*, 1951, pp. 35 et s.

(66) ... dont la « mode » est un peu passée aujourd'hui, au bénéfice des perspectives qu'ouvrent l'utilisation de l'informatique pour la mise en mémoire et la consultation des textes concernant une question.

(67) Cf. encore sur la question Etori : « Les codifications administratives », *E.D.C.E.*, 1956, pp. 41 et s. ; ou A. Tunc : « La codification des textes législatifs et réglementaires », *Rev. administrative*, 1954, pp. 147 et s. ; et sur le régime antérieur à 1958, Groshens : « La codification par décrets des lois et règlements », *D.*, 1958, chr. p. 157.

(68) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 188.

(69) Il faudrait encore parler ici des imperfections de rédaction du droit écrit qui, paraît-il, s'aggravaient depuis 50 ans (Cf. B. Gény : « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 289) ; mais, on serait tenté de nous opposer la parabole de la paille et de la poutre, car le droit jurisprudentiel n'est pas non plus toujours simple à comprendre...

(70) Cf. en particulier, M. Mignon : « L'unification des compétences en matière de dommages causés par les travaux publics », *D.*, 1950, chr. n° 16.

à qui voudrait rattacher l'ensemble du droit des travaux publics à la seule règle contentieuse que constitue l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, il faudrait toute la candeur de M. Jourdain qui ne s'étonait qu'à peine qu'on lui traduise les deux mots « *Belmen* » par un généreux discours (71).

§ 2. — *L'indépendance du juge administratif vis-à-vis du droit écrit*

Objet du paragraphe. — Peut-être parce qu'il a eu très rapidement conscience de cette faiblesse du droit écrit, le juge administratif n'a jamais hésité à manifester vis-à-vis de celui-ci une assez large indépendance, même dans des domaines où la loi ne présentait pas de telles insuffisances.

Cette question de l'indépendance du juge vis-à-vis du droit écrit, pour être souvent mentionnée, n'en est pas moins délicate.

D'une façon générale — et sous le bénéfice des exemples qui seront développés — on peut admettre que le juge administratif manifeste à l'égard du droit écrit une grande indépendance, et qu'en particulier il reste toujours attentif au respect des principes essentiels qu'il a lui-même dégagés. L'attitude du juge à cet égard est décrite par M. Latournerie : le juge, « pénétré des exigences de sa tâche », a conçu « d'assez bonne heure », « sa fidélité à la règle écrite sous un aspect incomparablement moins rigoriste et littéral » (72).

Cette attitude du juge administratif français n'est pas sans parenté avec celle du juge anglais, même si cette dernière reste originale et systématique en raison de la règle du respect du précédent ; se retrouve en effet la même habitude de « reléguer au second plan le texte même de la loi », et « d'édifier une construction juridique sur des décisions rendues... et non sur le texte même de la loi » (73).

Michelet pensait, pour sa part, que cette tradition d'indépendance du juge à l'égard du droit écrit, avait été empruntée par la France moderne à la sagesse du droit romain, où le juge, non sans scrupules, « se laissait pousser, d'interprétation en interprétation, hors de la loi écrite..., tourmentant sa langue, et rusant avec le vieux texte... » (74).

Les raisons de cette attitude d'indépendance. — Il y a, à la base de cette indépendance du juge administratif vis-à-vis des règles qu'il n'a pas lui-même créées, des raisons historiques, et également des facteurs que l'on pourrait qualifier de « socio-professionnels ».

Les facteurs historiques sont bien connus ; le droit administratif a été créé par le juge dans le désintéret du législateur qui s'était

(71) Molière, *Le Bourgeois Gentilhomme*, acte IV, scène V.

(72) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 187.

(73) R. David : *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (Paris, Sirey, 1948), p. 151.

(74) Michelet : *Les origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel* (Paris, Hachette, 1837, in-8°), pp. 112 et s.

initialement contenté d'écarter le droit privé des secteurs d'activité de la puissance publique, à vrai dire peu nombreux à l'époque. Le droit jurisprudentiel est donc, dans son ensemble, antérieur au droit administratif écrit ; il n'est pas anormal que le juge ait conservé l'habitude de considérer également celui-là comme antécédent à celui-ci. On s'explique ainsi que l'attitude du juge judiciaire ait toujours été, et reste aujourd'hui, foncièrement différente ; ce dernier avait en effet à sa disposition un corps de droit écrit complet et techniquement très satisfaisant : les codifications napoléoniennes ; au demeurant sa soumission au droit écrit était même, dans les débuts, garantie par certains mécanismes juridiques, dont le plus connu est le référé législatif (75).

Sans insister plus qu'il ne convient sur les facteurs historiques qui ont leur rôle, peut-être est-il plus utile de mettre l'accent sur les facteurs « socio-professionnels » qui, à leur place, contribuent également au sentiment d'indépendance que le juge éprouve vis-à-vis du droit écrit.

Il ne faut pas oublier, en effet, que le juge administratif, principalement le Conseil d'Etat, de par l'organisation de cette Haute Assemblée, participe quasi-quotidiennement à l'élaboration du droit écrit, à la différence de son collègue de l'ordre judiciaire ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 prévoyait même expressément pour le Conseil d'Etat une sorte de droit d'initiative législative indirecte, puisque le Conseil pouvait, de sa propre initiative, attirer l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif qui lui paraissaient conformes à l'intérêt général (76). D'autre part la mobilité qui existe au sein du personnel du Conseil d'Etat et qui impose en particulier un passage alterné (77) dans les sections administratives et dans celles du contentieux — mobilité sur laquelle « le brassage » institué par la réforme du 30 juillet 1963 a encore mis l'accent (78) — a pour conséquence que chaque membre de ce Conseil a, personnellement, une expérience du travail prélégislatif ; la loi et le règlement ne lui sont pas des données extérieures ; il a lui-même été confronté aux difficultés qui accompagnent leur élaboration et, par là-même, éclairé sur les imperfections que ces textes peuvent comporter. A ceci s'ajoute la pratique personnelle du travail prélégislatif ou réglementaire qu'ont pu avoir beaucoup

(75) Y.-L. Hufteu : *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*. Préf. J. Boulanger. Collec. travaux et recherches Fac. Droit de Paris. P.U.F., 1965.

(76) Il convient cependant de noter la grande réserve dont le Conseil d'Etat a fait preuve dans l'utilisation de ce droit d'initiative.

(77) On doit même remarquer qu'aujourd'hui, la règle d'après laquelle le même membre du Conseil d'Etat ne peut faire partie au même moment d'une formation administrative et d'une formation contentieuse, n'est pas absolue, puisque au sein de l'Assemblée plénière du contentieux, siègent des membres des sections administratives. La Commission permanente polyvalente mise en place en 1945 avait des caractères analogues ; cf. sur ce point, H. Puget : « Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 120 et s.

(78) Voir, entre autres, R. Drago : « La réforme du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1963, pp. 524 et s. ; et J.-A. Mazères : « La réforme du contentieux administratif du 30 juillet 1963 : simple retouche ou orientation nouvelle ? » *J.C.P.* 1964, I, 1817. Pour une vue d'ensemble, voir G. Vedel : *Droit administratif*, op. cit., pp. 418 et s.

de membres du Conseil par leur participation temporaire aux activités de l'administration active (79). Ainsi, s'il est vrai que le Conseil organe juridictionnel a la suprématie sur le Conseil organe consultatif, il y a là une opposition plus juridique que pratique ; la vérité est aussi que le juge bénéficie de l'enseignement et de l'expérience que les formations administratives ont de l'administration active particulièrement de l'activité normative de celle-ci. Comme le note un auteur, « en bien des matières, l'activité consultative du Conseil d'Etat jette un pont facile à franchir entre le législateur et le juge » (80).

Le juge administratif a donc une connaissance personnelle des activités de l'administration ; la conséquence en est que la règle écrite n'a aucunement pour lui ce caractère quasi-religieux que lui aurait volontiers reconnu, autrefois, le juge judiciaire.

La part du juge dans l'élaboration du droit écrit. — A cela s'ajoute le fait que le juge administratif retrouve parfois dans la loi écrite l'expression de solutions qu'il a lui-même dégagées et appliquées de longue date (81). Tel a été le cas — pour revenir à un exemple qui a déjà été donné (82) — du droit écrit de la fonction publique : on a pu constater, à ce sujet, que le statut général des fonctionnaires de 1946 était, dans la plus grande partie, la codification de la jurisprudence du Conseil d'Etat (83, 84 et 85).

De la même façon, la règle de la décision préalable à la liaison du Contentieux, d'abord particulière à la procédure devant le Conseil d'Etat, a été de longue date posée par la jurisprudence de cette Assemblée, avant d'être formellement reprise par un décret du 30 septembre 1953, puis par la loi du 7 juin 1956 (86).

En un mot le juge administratif se considère beaucoup plus comme le « délégué » du législateur (87) que comme le simple serviteur de la loi ; le droit écrit est pour lui une indication, d'une valeur particulière sans doute, non pas un ordre indiscutable.

(79) Cf. sur tous ces points, l'article de R. Drago, *A.J.D.A.*, 1963, précité.

(80) M. Querrien : « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 322.

(81) Le mécanisme n'est d'ailleurs pas propre au droit public ; comme le note M. Flour, souvent le législateur « se contente de reprendre et confirmer la jurisprudence » ; J. Flour, *Cours d'institutions judiciaires et de droit civil*, 1959-1960, p. 239.

(82) Cf. *supra*.

(83) La démarche est d'ailleurs curieusement la même aux Etats-Unis, où le législateur fédéral est parfois attentif, en ce domaine, à recopier les formules adoptées par la Cour suprême. Cf. R. Pinto : « La fin du gouvernement des juges », *R.D.P.*, 1950, n° 4.

(84) Il est juste de remarquer cependant que, d'autre part, les textes récents intervenus en la matière, ont alimenté une jurisprudence nouvelle qui les a largement développés et qui a parfois infléchi leur portée. Cf. sur ce point, les remarques très pertinentes de Silvera : « Réflexions sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le domaine de la fonction publique », in *A.J.D.A.*, 1959, I, p. 181.

(85) Cf. M. Querrien : « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 322.

(86) Voir Bonneau : « La décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », *D.*, 1955, chr. p. 11.

(87) Le mot est de B. Gény : « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 290.

D'une certaine façon cette attitude d'indépendance du juge vis-à-vis du droit écrit a été alimentée par la pratique du principe de la légalité administrative (88) ; l'exercice de ce principe a en effet été pour le juge l'occasion non seulement de veiller au respect de la loi par l'administration, mais encore d'apporter une contribution déterminante au contenu même de la légalité. M. Eisenmann l'a infailliblement démontré : « le dogme dit que les lois sont maîtresses des décisions des juges ; la réalité enseigne que parfois, les juges s'affirment maîtres des lois ; le principe de légalité lui-même, le principe de supériorité de la loi, n'échappe pas à leur action discrète, à leur pouvoir secret » (89 et 90).

La conception moderne de la jurisprudence. — Au demeurant, il ne faudrait pas oublier que ces remarques, propres au juge administratif, rejoignent une tendance plus générale — et qui n'est pas tellement récente (91) — : celle qui reconnaît au juge, interprète de la loi, une latitude accrue par rapport à la lettre même de celle-ci ; ainsi il y a plus de 70 ans écrivait-on déjà que « la meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente » (92). Si bien qu'aujourd'hui l'affirmation de Sir A. Denning n'apparaît pas aussi surprenante que son auteur voudrait le laisser entendre : « la vérité est que les juges quotidiennement élaborent la loi, bien que ce soit une hérésie d'affirmer cela » (93).

Ce mouvement d'idée, conjugué avec les facteurs propres au juge administratif qui ont été recensés, a contribué à ce que le juge administratif adopte, vis-à-vis du droit écrit, une attitude de relative indépendance.

Les diverses attitudes du juge vis-à-vis du droit écrit. Annonce du sujet. — Reste maintenant à en rapporter quelques manifestations particulièrement caractéristiques. Ce sera également l'occasion de constater à quel point l'attitude du juge vis-à-vis du droit écrit peut varier suivant la question qui lui est soumise, allant de l'apparence d'une totale servilité, à la manifestation de la plus franche méconnaissance de la volonté du législateur. Il est logique de penser que cette grande variété d'attitude est elle-même l'expres-

(88) On ne peut, sur cette question, que renvoyer à l'exposé magistral de M. Eisenmann (Ch. Eisenmann : « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 25 à 40).

(89) Ch. Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de légalité*, précité, p. 40.

(90) Cf. encore, en ce sens, J. Rivero : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », *D.*, 1951, p. 21 ; et, de façon plus implicite, R. Cassin : « Le Conseil d'Etat, gardien de la légalité », in *Rev. internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1951, p. 56.

(91) Cf. déjà R. Saleilles, *Préface* à l'ouvrage de Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. 14 : « La fiction était de croire... que la jurisprudence..., en interprétant la loi, ne se plaçait qu'au point de vue d'une recherche de volonté, et qu'elle ne faisait que tirer les solutions logiques qu'ait acceptées le législateur. » Cf. encore, le discours prononcé par Ballot-Beaupré, Premier Président de la Cour de Cassation, en 1904 : « La justice et la raison commandent d'adapter libéralement les textes aux réalités de la vie moderne. »

(92) J. Percerou, *Annales de droit commercial*, 1898, p. 64.

(93) Sir A. Denning, *The changing law* (London, Stevens and son's, 1953), p. 45.

sion d'une indépendance de principe du juge vis-à-vis de la loi écrite.

Le respect littéral du droit écrit. — Il est en premier lieu des circonstances dans lesquelles le juge administratif donne l'apparence du plus grand respect du droit écrit, sinon même d'une certaine servilité (94). Généralement, on ne met pas l'accent sur de tels exemples qui méritent cependant qu'on s'y arrête un instant.

Cette timidité du juge s'est par exemple manifestée dans une décision (95) qui, pour être particulière, n'en est pas moins révélatrice de la soumission occasionnelle du Conseil d'Etat à la volonté du législateur, même aux dépens des principes établis ; il s'agissait de savoir quelle était la législation fiscale applicable du 1^{er} au 4 janvier 1938, compte tenu du fait que le législateur avait adopté plusieurs textes lors de la séance du 2 janvier 1938, et que ces textes avaient été publiés sous la date du 31 décembre 1937 au Journal Officiel daté du 1^{er} janvier 1938, lequel ne fut mis en vente que le 3 janvier 1938 ; le Conseil d'Etat a décidé que « selon un usage parlementaire établi par le législateur, la loi dont il s'agit doit être regardée comme ayant été adoptée par la Chambre des Députés et le Sénat au cours de la séance du 31 décembre 1937, promulguée à cette date et publiée au Journal Officiel du 1^{er} janvier 1938 » (96).

De la même façon, le Conseil d'Etat, lorsqu'il eut, à partir de 1951, à connaître, comme juge d'appel, des décisions de Conseils de Préfecture qui avaient statué sur les demandes d'indemnités adressées par les concessionnaires de gaz aux communes concédantes, a déclaré, dans tous les cas, qu'il n'y avait pas lieu à statuer sur ces demandes ; la Haute Assemblée invoquait à l'appui de cette jurisprudence un texte récent, la loi du 29 août 1951, qu'elle entendait appliquer immédiatement et littéralement (97) ; et pourtant ce texte heurtait directement la jurisprudence toute récente du Conseil d'Etat (98 et 99) ; et peut-être aurait-on pu admettre qu'il ne s'appliquait pas aux affaires en cours (100).

M. Lesage dans sa thèse (101) développe encore un exemple de la timidité éventuelle du juge administratif à l'égard de la loi. De

(94) Rappelons que le juge judiciaire, par le mécanisme du référé législatif, s'était vu organiquement imposer, un temps durant, une telle servilité vis-à-vis du droit écrit. Voir Y.-L. Hufteu, *Le Référé législatif et les Pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, op. cit.

(95) C.E. 25 juin 1945, G.P., 26 septembre 1948.

(96) Lorsque la même question leur avait été posée, les Tribunaux judiciaires avaient au contraire fait prévaloir les principes juridiques établis sur la volonté du législateur : cf. Trib. civ. Seine 8 novembre 1938, D.H., 1939, p. 29.

(97) Ce même respect attentif des textes s'est manifesté par l'abandon, à une année à peine d'intervalle, d'une solution jurisprudentielle : l'arrêt C.E. 27 février 1959, Dame Boutant (*Leb.*, p. 145), abandonne la solution donnée un an plus tôt par l'arrêt C.E. 28 avril 1958, époux Bellair (*Leb.*, p. 239), parce qu'entre-temps était intervenue une ordonnance du 6 janvier 1959.

(98) C.E. 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, S. 1950, 3, 61, note Mestre.

(99) Il est vrai que, lors des débats parlementaires, cette jurisprudence avait été mentionnée et expressément écartée (*J.O. Doc. parlem. A.N.*, annexe n° 698, séance du 21 août 1951).

(100) Cf. sur l'ensemble de la question, M. Lesage, *Les Interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, préf. R. Drago (Paris, L.G.D.J., 1960), pp. 220 à 223 et 230 à 232.

(101) Thèse précitée, pp. 136 et s.

longue date (102), le Conseil d'Etat a estimé que la ratification d'un décret pris en vertu d'une loi d'habilitation l'empêchait de contrôler la légalité de ce décret, même pour la période comprise entre la publication du décret et sa ratification (103). La solution juridiquement insolite, puisqu'elle consiste à présumer que l'intervention du législateur a une portée rétroactive, n'était d'ailleurs pas entièrement nouvelle (104), mais aggravée du fait que le juge administratif, parallèlement admettait très facilement l'existence de « ratifications implicites » par le législateur (105). Elle est en tous les cas l'illustration très forte du respect que le juge manifeste parfois pour la loi formelle, à laquelle il accorde mêmes des effets qu'elle ne comporte pourtant pas.

On trouverait le même respect littéral apparent des textes — et qui va parfois, comme dans le dernier exemple, au-delà de la lettre des textes — dans d'autres domaines, en particulier dans la façon dont le juge comprend et applique certaines règles de procédure.

Mais il semble qu'on s'écarterait de la réalité en voulant voir dans cette attitude occasionnelle du juge la manifestation d'un respect systématique et absolu des dispositions du droit écrit ; le fait même qu'une personne aussi autorisée que Monsieur le Président Odent pose la question de savoir si « le juge doit se considérer comme un serviteur de la loi », ou s'« il peut faire prévaloir sur la loi certaines considérations extra-légales, par exemple morales » (106), indépendamment de la réponse qui y est donnée, est à ce titre révélateur. Sans doute ne s'agit-il pas de dire que le juge substitue sa volonté à celle de l'auteur d'un texte — cela se produit cependant parfois, et nous en donnerons des exemples (107) ; mais simplement que ce que l'on pourrait prendre pour de la timidité du juge vis-à-vis du législateur n'est en réalité que la concordance de leurs opinions sur une question particulière (108).

Et d'ailleurs il faut remarquer que cette humilité occasionnelle

(102) C.E. 6 novembre 1929, Braye, *Leb.*, p. 955.

(103) Cf. C.E. 6 novembre 1929, Braye, précité, *Leb.*, p. 955 ; C.E. 6 février 1935, Syndicat du Commerce des Vins de liqueurs, *Leb.*, p. 159. Le motif de principe est toujours le même : « Considérant que, depuis l'introduction du pourvoi, le décret attaqué a été ratifié par la loi du ... ; qu'il suit de là que la légalité de ce décret n'est plus aujourd'hui susceptible d'être discutée par la voie contentieuse. »

(104) On pense ici à la solution adoptée par le Conseil d'Etat pour les décrets de 1914, pris sans habilitation, mais ratifiés en 1915, et à celle qui a été retenue pour les décrets créant l'Office national météorologique. Cf. M. Mignon : « La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public », *Thèse*, Lille, 1938, p. 219.

(105) Sur la facilité avec laquelle le Conseil d'Etat admet les ratifications implicites, et sur la portée qu'il leur donne, cf. M. Lesage, *Thèse* précitée, pp. 139 et s. ; ou M. Chrétien : « De l'illégalité du Code général des Impôts de 1950 devant les tribunaux judiciaires », *J.C.P.*, 1954, I, 1149, n° 20. Il ne semble pas, cependant, que l'on puisse aller jusqu'à admettre avec M. Long que « la ratification peut être implicite et résulter du silence gardé par le Parlement » (concl. sur C.E. Ass. 4 juillet 1958, Confédération générale du Patronat de l'Algérie, *A.J.D.A.*, 1958, p. 273).

(106) R. Odent, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 20.

(107) Cf. *infra*, pp. 138 et s.

(108) M. Latournerie, pour sa part, après avoir posé en principe que, « sur ce point, la norme fondamentale est que la loi s'applique dans la lettre même », ajoute immédiatement : « Toutefois, cette règle capitale souffre certains tempéraments. » R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 252 et la note n° 291.

du juge ne se situe pas tant à l'égard de la loi qu'à l'égard du législateur, lorsque celui-ci agit dans un but essentiellement politique ; le problème est alors celui de l'influence des mobiles politiques sur la jurisprudence administrative, question dont l'étude est réservée pour la suite (109).

De la part du juge administratif, la timidité à l'égard du droit écrit n'est jamais qu'apparence (110) ; et le cède le plus souvent à une interprétation libre du texte, voire à la plus franche indépendance à son égard.

L'interprétation libre du droit écrit. — De la libre interprétation par le juge administratif de textes du droit écrit, les exemples ne manquent pas ; certains ont déjà été signalés ; ainsi la signification de plus en plus laxiste que la Haute Assemblée a donnée, au cours de ce siècle, à la règle légale de la communication du dossier que posait l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (111) a-t-elle relevé pendant longtemps de la libre interprétation ; jusqu'à ce que le juge se décide à ne plus voir dans ce texte qu'une application particulière d'un principe plus général, « applicable même en l'absence de texte », celui du respect des droits de la défense (112). De la même façon (113), on a déjà rappelé, à la suite de M. Latournerie (114), le développement imposant du mécanisme du recours pour excès de pouvoir, que ne justifiait pendant longtemps qu'« une base législative dérisoire » : et la Haute Assemblée était parfaitement consciente du caractère extra-législatif de la construction qu'elle édifiait (115).

On pourrait aussi rappeler ici l'interprétation très extensive que le juge a donnée de la règle purement contentieuse que posait l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (116).

La disposition du préambule de la Constitution de 1946 qui prévoyait que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » a suivi un sort analogue ; la Haute Assemblée,

(109) Cf. *infra*, titre I, chap. 2, section 1, § 1^{er}.

(110) Voir cependant la pénétrante analyse de R. G. Schwartzberg : « L'autorité de la chose décidée », *Thèse*, Paris (L.G.D.J., 1969), pp. 259 et s., qui veut démontrer que « le phénomène jurisprudentiel s'absorbe entièrement dans le phénomène législatif ». Duez disait déjà : « Quand la loi a parlé, tous, y compris les juges, doivent se taire. » (P. Duez : « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Comment il convient de poser la question », in *Mélanges Hauriou*, 1929, pp. 211 à 250, p. 232.

(111) Utilisé immédiatement par le Conseil d'Etat (C.E. 6 juillet 1906, Nicol, *Leb.*, p. 628 ; C.E. 22 novembre 1907, Carrière, *Leb.*, p. 845), ce texte a pris progressivement, de par la volonté du juge, une importance toujours croissante ; certaines décisions sont particulièrement significatives à ce sujet : C.E. 18 décembre 1935, Larigne, *Leb.*, p. 1197 ; C.E. 22 juin 1938, Albertini, *Leb.*, p. 570 ; C.E. 17 juin 1936, Gauthier, *Leb.*, p. 659.

(112) C.E. 26 octobre 1945, Aramu et Tabti, S., 1946, 3, p. 1, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Odent.

(113) Un exemple encore d'interprétation libre peut être tiré de la décision Pontremoli (C.E. 24 janvier 1941, D., 1941, p. 135, concl. Renaudin) que nous avons déjà mentionnée.

(114) R. Latournerie, *Les Méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 253-254.

(115) Rien n'est plus éclairant à ce sujet que la lecture des conclusions du Commissaire du Gouvernement Aucoc sur C.E. 13 mars 1867, Bizet, S., 1868, 2, 91, concl. Aucoc.

(116) Cf. *supra*, les remarques faites pp. 131 et 132.

dans l'arrêt Dehaene (117), a donné de ce texte l'interprétation que l'on sait alors qu'une partie de la doctrine voulait y lire la volonté des constituants de réserver la matière à l'intervention du législateur. Sans s'attacher au fond de la question, on constate simplement que cette divergence d'interprétation suffit à elle seule à établir la libre interprétation à laquelle s'est livré le juge administratif.

Un dernier exemple de cette attitude du juge peut être trouvé dans une décision assez récente du Conseil d'Etat (118) ; la Haute Assemblée, confirmant une solution qu'elle avait déjà dégagée (119), a saisi l'occasion d'interpréter très largement les dispositions de l'article 17 du statut général des fonctionnaires en admettant en particulier que ce texte permettait au juge de décider que les statuts particuliers des corps classaient ceux-ci dans une catégorie correspondant à leur niveau de recrutement, alors que le règlement d'administration publique, que prévoyait cet article 17 pour définir les catégories, n'était pas intervenu. On peut se demander d'ailleurs s'il s'agit ici encore d'interprétation, et non plutôt d'une œuvre véritablement créatrice ; car il ne s'agit plus seulement d'explicitier le texte pour le rendre applicable, mais bien d'aller au-delà du texte (120).

L'indépendance vis-à-vis du droit écrit. — Et l'on en vient naturellement à étudier les hypothèses dans lesquelles le juge développe une totale indépendance vis-à-vis du droit écrit, parfois même, le méconnaît radicalement (121).

Ici une remarque liminaire doit être faite, de laquelle dépend une bonne intelligence de la question : l'idée du « règne de la loi » n'est pas d'abord en France une règle juridique, mais un principe d'organisation politique, avec la part d'imprécision mais aussi l'autorité particulière que cela implique, c'est la raison pour laquelle il peut apparaître très peu conforme aux idées démocratiques générales de dire tout haut que, parfois, un petit nombre d'hommes, qui n'ont pas été élus et qui ne sont pas des magistrats, imposent des solutions que le législateur n'a pas voulues. Aussi ne le dit-on

(117) C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, *R.D.P.*, 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline.

(118) C.E. 12 décembre 1969, Association interministérielle des Secrétaires administratifs d'Administration centrale, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 308-309.

(119) C.E. 4 octobre 1968, Toutin et autres, *A.J.D.A.*, 1969, p. 187.

(120) Toutefois, à supposer même qu'elle existe, « cette création n'est cependant pas pleinement libre, et c'est en cela que l'interprète se distingue du législateur ; car s'il va au-delà du texte il doit cependant partir de ce texte et ne pas rompre tout lien avec lui » (J. Gaudemet, *L'Interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique*, p. 10, en cours de publication).

(121) On ne parlera pas ici du refus par le juge, dans certains domaines, d'appliquer les solutions consacrées par des textes de droit privé ; la formulation certainement la plus célèbre de ce refus est dans l'arrêt Blanco (T.C. 8 février 1873, *D.*, 1873, 3, 17, concl. David) ; voir encore à ce sujet les conclusions du Commissaire du Gouvernement Rivet sur C.E. 25 novembre 1921, Olive (*R.D.P.*, 1922, p. 107), ou, pour un exemple de refus d'application par le juge administratif des dispositions d'un contrat de travail, C.E. 8 juillet 1959, Section de la Corrèze du Syndicat national de l'Apprentissage (*Leb.*, p. 437). Voir encore, sur ce point, *infra*, titre I, chap. I, sect. II, § 3.

pas ; mais il n'en reste pas moins que c'est ainsi que, parfois, les choses se passent (122).

Dans ces conditions le juge, qui n'échappe pas non plus à la pesanteur de ces facteurs socio-politiques, évitera farouchement non seulement d'expliquer, mais même de reconnaître, qu'il a tranché, en indépendance des règles du droit écrit dont il disposait. Aussi recherchera-t-il souvent à rapporter la décision à une disposition du droit écrit, qu'il affirmera avoir interprétée non dans la lettre mais dans son esprit et « à la lumière des principes généraux ».

On aurait tort de parler ici d'hypocrisie ; le juge, ce faisant, sacrifie en toute bonne foi à la tradition et à un sentiment politique du respect de la loi (123). Mais cela explique que, pour découvrir l'attitude d'indépendance du juge, il ne faille pas compter sur ses propres confidences ; et en particulier, qu'il soit nécessaire de dépasser parfois la rédaction des décisions, pour découvrir quelles sont les considérations qui ont véritablement dicté son jugement.

Sous le bénéfice de cette remarque, il est possible de donner quelques exemples de l'indépendance du juge à l'égard du droit écrit, voire parfois de la méconnaissance des dispositions de celui-ci (124).

On ne commencera pas par le plus connu.

Le principe d'après lequel, en général, le contentieux ne peut se lier que s'il existe une décision préalable de l'administration, même implicite, contraire à la prétention du requérant, découle aujourd'hui de l'article 3 du décret du 30 septembre 1953 et de la loi du 7 juin 1956 ; ces textes, comme il a été dit plus haut (125) ne faisaient que donner une portée générale à une solution depuis longtemps posée en principe par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Mais ce qui, de notre point de vue, est particulièrement intéressant, c'est que la jurisprudence, indifférente à ces textes nouveaux, a continué à appliquer les solutions particulières qu'elle avait dégagées auparavant et qui constituaient autant d'exceptions au principe de la décision préalable ; ainsi sont considérées comme décisions préalables, une décision purement verbale (126), ou bien les observations du Ministre en réponse à la requête lorsqu'elles portent sur le fond (127). Sans doute cette jurisprudence est-elle particuliè-

(122) Cf. cependant, sur tous ces points, l'analyse de R. G. Schwartzberg : « L'autorité de la chose décidée », *Thèse*, Paris (L.G.D.J., 1969).

(123) Cette tendance a été parfaitement décrite par Fr. Géný, qui reproche aux interprètes de vouloir plus ou moins artificiellement « tout ramener à la volonté du législateur », alors même qu'en réalité ils sont conduits à « en rectifier la pensée et la volonté » (Fr. Géný, *Méthodes d'interprétation et Sources en droit privé*, op. cit., t. I, pp. 51-52). On en rapprochera, dans un passé plus récent, les significatives conclusions du Commissaire du Gouvernement Vught sur C.E. 29 janvier 1971, Emery et autres, *A.J.D.A.*, 1971, p. 410.

(124) Cf. aussi sur cette question D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif français », *Thèse*, Paris, 1970, multigraphiée, en particulier pp. 184 et s.

(125) Cf. *supra*, p. 134.

(126) C.E. 2 juin 1938, Castellani, *Leb.*, p. 505.

(127) C.E. 29 janvier 1947, Michaux, *R.D.P.* 1948, p. 84, concl. Theis.

rement justifiée (128) ; mais elle manifeste l'indépendance du juge, qui accorde la priorité aux exceptions qu'il a lui-même dégagées autour d'un principe, sur la généralité que le législateur donne à ce même principe.

C'est cette même indépendance du juge vis-à-vis de la loi que révèle la lecture d'un arrêt sieur Thibault (129). Par cette décision, le Conseil a librement ajouté une condition à celle que prévoyait la loi municipale du 5 avril 1884 pour la dissolution des Conseils municipaux ; la loi se bornait à énoncer une condition de forme : la motivation du décret de dissolution ; la jurisprudence y ajoute une condition de fond : la dissolution ne peut être employée qu' « en vue du bon fonctionnement de l'Assemblée municipale » (130) ; sans doute doit-on noter que cette condition nouvelle n'est pas sans rapport avec celle qu'exprimait déjà la loi ; il reste cependant que le Conseil d'Etat, fidèle d'ailleurs à la jurisprudence antérieure (131), a ajouté de sa propre autorité au texte de la loi, modifiant par là-même la portée de celle-ci (132).

De la même façon, on doit mentionner ici la réticence du juge à se référer aux dispositions — peu claires d'ailleurs — du Code du Domaine de l'Etat (133), en particulier en ce qui concerne la consistance du domaine public et du domaine privé ; c'est toujours dans la jurisprudence antérieure que seront cherchées les solutions particulières, avec, peut-être, juste un regard pour les solutions du droit écrit (134).

Si l'on veut encore un exemple des méthodes d'interprétation du Conseil d'Etat, particulièrement significatif puisqu'il est constitué par les paroles mêmes d'un éminent membre de cette Assemblée, on accordera attention aux termes dans lesquels le Commissaire du Gouvernement Josse (135) écartait un argument tiré par l'Administration de la référence aux travaux préparatoires : « d'une part l'idée que les auteurs du décret ne sont fait de votre jurisprudence n'était peut-être pas très exacte... D'autre part, et surtout, quels que soient les désirs des rédacteurs du décret, les textes ne permettent pas de conclure à une modification profonde des principes déjà posés par vous ».

Bien sûr c'est lorsque le droit écrit entre en conflit avec un

(128) Il est logique en effet d'admettre que la règle doit disparaître quand les considérations qui la motivent sont satisfaites ; or, actuellement, et quelle que soit son explication historique, la règle de la décision préalable ne se justifie que parce qu'elle permet « de préciser la divergence de points de vue des parties et est susceptible de jouer le rôle d'une sorte de préliminaire de conciliation » (A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., t. I, n° 810).

(129) C.E. 25 juillet 1952, sieur Thibault, *Leb.*, p. 394, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Guionin.

(130) Cf. conclusions Guionin précitées.

(131) Cf. C.E. 11 novembre 1911, Le Cocq du Tertre, *Leb.*, p. 1048.

(132) Cf. le commentaire que M. Letourneur a donné de cette décision in *E.D.C.E.*, 1962, p. 58.

(133) Décret du 28 décembre 1957.

(134) La remarque est faite par A. de Laubadère, *Traité élémentaire de Droit administratif*, t. II, n° 216.

(135) Conclusions du commissaire du Gouvernement Josse sur l'arrêt Chambre syndicale du Commerce au détail de Nevers, C.E. 30 mai 1930, *R.D.P.*, 1930, 530.

« principe général » dégagé par la jurisprudence que la méconnaissance par le juge administratif du texte écrit est la plus évidente : et ce sont d'ailleurs de telles hypothèses qui sont le plus fréquemment examinées (136). Comme l'a écrit excellemment M. Rivero, ce corps de principe « sert au Conseil d'Etat de référence pour interpréter la loi si elle les respecte, pour en minimiser la portée si elle les contredit » (137). De ces principes M. Latournerie affirme quant à lui qu'« ils ne s'appuient sur les textes que pour les dominer » (138).

Les exemples sont célèbres de décisions dans lesquelles le juge administratif a écarté ou limité l'application d'un texte parce qu'il allait à l'encontre d'un principe général de droit (139). Il suffit de rappeler les deux décisions d'Aillères et Robert (140) et Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte (141), par lesquelles le Conseil d'Etat, minimisant systématiquement la portée des textes qu'on lui soumettait, a affirmé, dans le premier cas, le maintien du recours en cassation contre les décisions du jury d'honneur, dans le second, le maintien du recours pour excès de pouvoir contre les concessions de terres abandonnées et incultes (142). Dans les deux espèces, les dispositions du droit écrit ont été écartées par le juge, sous couvert d'interprétation « constructive » (143) ; et le principe du respect des droits de la défense, dans une de ses manifestations particulières, la faculté de porter l'affaire devant le Conseil d'Etat, a été hautement affirmé (144). Le droit jurisprudentiel l'emportait sur le droit écrit. Dire si cela est un mal ou un bien est une autre question (145) ; au moins faut-il déjà avoir conscience de cette

(136) Cf. J. Rivero : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », *D.*, 1951, p. 21.

(137) J. Rivero, *R.D.P.*, 1950, p. 470.

(138) R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 203.

(139) Plus exceptionnelle est l'abrogation jurisprudentielle d'une loi ; Y.-L. Hufteu en donne un exemple, *Le Référé législatif...* etc., *op. cit.*, pp. 78 et s.

(140) C.E. 7 février 1947, d'Aillères et Robert, *Leb.*, p. 50.

(141) C.E. 17 février 1950, Minist. de l'Agriculture, c. dame Lamotte, *S.*, 1950, chr. p. 36 ; *R.D.P.*, 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline.

(142) Du point de vue qui est retenu ici, on peut se reporter avec profit à l'exposé qui est fait de ces décisions par P.-L. Josse : « Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 167 et s. ; voir aussi, la relation de l'arrêt dame Lamotte que donne L. Favoreu : « Du déni de justice en droit public français » (*thèse* Paris, L.G.D.J., 1964), pp. 553 et s.

(143) Ce « camouflage » est particulièrement abondant dans la rédaction de l'arrêt Ministre de l'Agriculture, c. dame Lamotte, précité.

(144) La démarche est la même, comme d'ailleurs les formules employées dans la décision, d'ailleurs très critiquée, du C.E. 17 avril 1953, Falco et Vidailac, *Leb.*, p. 175. Cf. cependant, sur ce point, les développements récents nés de la jurisprudence l'Etang (C.E. 12 juillet 1969, *Leb.*, p. 388), où il est affirmé, s'agissant toujours du Conseil supérieur de la magistrature que : « Les décisions prises dans l'exercice de la fonction juridictionnelle ne sont pas de nature à donner ouverture à une action en responsabilité contre l'Etat. »

(145) Sans doute, Jean Bodin donnait-il déjà ce conseil de sagesse au juge : « il ne faut pas que le magistrat ploye la loi si fort qu'elle se rompe » (J. Bodin, *République*, éd. de 1577, pp. 734 et 735) ; mais on pourrait répondre, sans même invoquer la haute valeur de la jurisprudence administrative que, précisément, le juge, souvent, ne « ploye pas la loi », mais s'en écarte ou la complète ; ce qui n'est pas exactement la même chose ; et ce qui aboutit à rejeter, au moins pour partie, la responsabilité de cette attitude sur le législateur lui-même.

indépendance que le juge administratif manifeste volontiers à l'égard des dispositions du droit écrit (146).

Conclusion du Chapitre : droit écrit et jurisprudence. — Les quelques observations de ce chapitre, qui concerne l'attitude du juge administratif vis-à-vis du droit écrit, permettent de répondre maintenant à la question qu'on se posait en commençant : il y a place, en droit administratif, pour un droit jurisprudentiel, se développant aux côtés du droit écrit, et d'ailleurs non sans conflit avec celui-ci.

Son apparition et son développement sont dus à l'action conjuguée de deux facteurs : la faiblesse du droit administratif écrit, et l'attitude d'indépendance qu'a rapidement adoptée le juge administratif français à l'égard des textes.

La conclusion à laquelle on aboutit à ce stade du raisonnement ne présente pas d'originalité particulière : le droit administratif est par essence un droit du juge, quelles que soient par ailleurs actuellement les parts respectives du droit écrit et du droit jurisprudentiel.

C'était cependant là un préalable nécessaire à l'étude qui va maintenant être entreprise, et qui porte sur les méthodes d'élaboration de ce droit jurisprudentiel.

Signification exacte des autres « sources du droit administratif », et rappel du plan de la Partie. — Auparavant toutefois, un mot doit être dit des sources extra-législatives du droit administratif : coutume, doctrine, décisions des autres juridictions.

Celles-ci ne constituent en aucun cas des sources formelles du droit administratif ; elles ont besoin pour accéder au champ du droit positif d'une transformation, que seul le législateur ou le juge peut réaliser.

Aussi bien d'ailleurs ces données constituent-elles des sources matérielles de la jurisprudence, et nous les rencontrerons lorsque, laissant définitivement de côté le droit écrit, nous chercherons à pénétrer l'origine des règles du droit jurisprudentiel (Titre I).

Ce n'est que lorsque cette première question sera éclairée qu'interviendra l'étude des modes d'expression du droit jurisprudentiel (Titre II).

(146) Parfois, l'intervention du juge est plus subtile encore et prend la forme d'une interprétation bénigne, minimisante d'un texte ; le juge, dit-on, alors parfois, « retire son venin à un texte ». Cf. pour un exemple, C.E. 25 juin 1969, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit et des sciences économiques, *R.D.P.*, 1969, p. 965, concl. Braibant.

TITRE I

L'ORIGINE DU DROIT JURISPRUDENTIEL

Objet du titre : les sources matérielles du droit administratif. —

La question que pose ce titre est celle des sources matérielles du droit administratif jurisprudentiel ; ou, si l'on préfère une formulation moins juridique, celle de l'origine matérielle de ce droit.

L'origine matérielle du droit jurisprudentiel n'est pas fondamentalement différente de celle du droit écrit ; la raison en est fort simple, et tient essentiellement à ce que le juge et le législateur disposent, pour la découverte de ces règles, des mêmes matériaux ; l'un et l'autre iront chercher leur inspiration dans les propositions de la doctrine, dans la jurisprudence des autres tribunaux, enfin dans des considérations d'ordre politique ou social, non élaborées juridiquement, et que l'on peut, pour cette raison, regrouper sous l'étiquette de « données brutes ».

Il y a pourtant une différence de principe évidente entre la position du juge et celle du législateur ; le premier doit — dans les limites qui ont été signalées (1) — tenir compte des dispositions de la loi écrite, tandis que le législateur est constitutionnellement affranchi du respect d'autres dispositions que celles de la Constitution. Cependant cette différence doit être nuancée par la remarque que — ainsi qu'il a été montré (2) — le législateur de droit administratif est, en fait sinon en droit, tenu de porter la plus grande attention aux solutions de la jurisprudence. La différence est donc plus dans le fait que législateur et juge doivent porter leur attention sur des domaines différents, que dans la prétendue liberté totale du premier, opposée à la position de simple exécutant du second.

Recensement de ces sources. — Dans ces conditions, et pour limiter désormais les réflexions à ce qui concerne les origines du droit

(1) Cf. *supra*, partie II, chapitre préliminaire.

(2) Qu'on pense à nouveau aux termes dans lesquels le commissaire du Gouvernement Josse reprochait « aux auteurs d'un décret... de ne pas s'être fait de la jurisprudence du Conseil d'Etat, une idée très exacte », pour décider que : « quels que soient les désirs des rédacteurs du décret, les textes ne permettent pas de conclure à une modification des principes déjà posés par vous ». *Concl. Josse*, sur C.E. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, *R.D.P.*, 1930, p. 530, précité.

jurisprudentiel, on peut recenser, qui inspirent les solutions que le juge adopte, d'une part la doctrine, d'autre part la jurisprudence d'autres juridictions, enfin certaines données brutes.

Egalement — et nous avons garde de l'oublier — la législation ; car, sans revenir sur ce qui a été dit précédemment de l'attitude du juge en face du droit écrit (3), il faut préciser que la législation dans son ensemble — et non plus telle disposition écrite particulière — a certainement sur le juge une influence d'ensemble, que manifestent parfois les orientations nouvelles de la jurisprudence. A ce titre la législation joue, pour le juge, le rôle irremplaçable de baromètre — mais d'un baromètre qui aurait l'avantage de s'exprimer en termes juridiques — des aspirations sociales ou politiques (4) ; le juge sera particulièrement attentif aux indications qu'il reçoit ainsi ; et, en conséquence, modifiera éventuellement l'orientation de sa jurisprudence, en dehors même de tout commandement précis du législateur. Il convenait de signaler ici — pour n'y plus revenir — que la législation, dans ses orientations d'ensemble, devait figurer parmi les sources matérielles du droit administratif jurisprudentiel (5).

Plan du Titre. — Le présent Titre sera consacré plus spécialement à l'étude des autres sources matérielles du droit jurisprudentiel.

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, celles-ci se répartissent en deux catégories principales, suivant qu'elles se présentent sous forme de « règles de droit en puissance », ou sous une forme non juridique (6) ; aux « données élaborées » (Chapitre I^{er}) s'opposent ainsi les « données brutes » (Chapitre II).

(3) Cf. sur ce point, partie II, chapitre préliminaire ; lorsque le juge se contente d'appliquer strictement une disposition écrite, il n'y a pas à proprement parler, droit jurisprudentiel, mais simplement application par le juge du droit écrit. Les méthodes du juge ne sont pas alors des méthodes de création d'une règle jurisprudentielle ; et ne concernent pas notre sujet, autrement que par ce qui en a été dit dans la première partie.

(4) C'est d'ailleurs bien la place du législateur — et aussi la difficulté de sa mission — que d'être placé à la frontière du politique et du juridique et de traduire les aspirations sociales en termes de droit.

(5) ...indépendamment, encore une fois, de la source formelle de droit que constitue le droit administratif écrit.

(6) ...la frontière n'est d'ailleurs pas toujours aussi nette qu'on l'imagine, car une idée, même formulée non juridiquement, peut se prêter plus ou moins facilement, en fonction de son contenu, à une formulation juridique.

CHAPITRE I

LE JUGE ADMINISTRATIF ET LES DONNEES ELABOREES

Plan du Chapitre. — Les données élaborées ont, pour la formation du droit jurisprudentiel, une importance particulière ; en effet, leur formulation juridique, leur caractère de « règles de droit virtuelles » en rendent l'intelligence particulièrement facile au juge, en même temps qu'ils limitent le travail de transformation matérielle que celui-ci doit opérer pour faire de ces données des règles du droit positif.

Ces données élaborées sont essentiellement le fait de la doctrine, d'une part (Section I), des juridictions extérieures au juge administratif français, d'autre part (Section II).

Section I. — Le juge administratif et la doctrine

Objet de l'étude et plan de la section. — La doctrine se tient aux côtés du juge, parfois elle se confond avec lui ; elle en est l'auxiliaire naturel, même lorsque, d'occasion, elle en devient le censeur. Tout cela est bien connu ; mais ici encore il convient d'aller au-delà des mots ; et de répondre à un certain nombre de questions : la première, inévitable, est celle de la définition de la doctrine : qu'y a-t-il exactement sous ce vocable un peu sévère ? En d'autres termes quels sont aujourd'hui les membres de la doctrine ? (§ 1^{er}). Ce n'est qu'après avoir tenté de répondre à cette question qu'il sera possible de préciser le rôle que la doctrine est susceptible de remplir, en essayant d'en mesurer l'importance par quelques exemples précis (§ 2).

§ 1^{er}. — *Essai de définition de la doctrine* (1)

Les deux approches possibles de la question. — Le problème de la définition actuelle de la doctrine peut être abordé de deux manières différentes : d'abord en s'attachant à recenser et à caractériser les

(1) Sur cette question, on doit renvoyer à la lumineuse étude de M. Rivero. J. Rivero : « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1956, pp. 27 à 36.

personnages qui, proches du juge, le conseillent ou l'approuvent dans sa tâche juridictionnelle ; mais on peut aussi vouloir caractériser la doctrine par le type d'activité intellectuelle qu'elle constitue ; ce n'est plus alors à la qualité des participants que l'on prêterait attention, mais à la nature de leur intervention.

On s'en doute, ces deux démarches sont éminemment complémentaires ; aussi bien les retiendrons-nous successivement.

Définition organique : les « professeurs ». — La qualité de membre de la Doctrine est reconnue sans discussion à une large part des « Professeurs » ; mais il faut déjà prendre garde à ce que cette terminologie est, en général, employée dans un sens large et inclut, à côté des professeurs de droit, d'autres professeurs et également certains avocats, en particulier des Cours d'appel mais qui plaident volontiers devant les Tribunaux administratifs.

Ces représentants de la doctrine se sont toujours trouvés vis-à-vis du juge dans une situation très particulière. En effet, la faiblesse de la législation écrite imposait que toute l'attention des commentateurs soit reportée sur le droit créé par le juge ; le développement historique de la jurisprudence administrative agissait dans le même sens ; ainsi s'explique le mot de M. Rivero d'après lequel : « la doctrine administrative est née sur les genoux de la jurisprudence » (2).

La situation est à cet égard très différente pour la doctrine de droit privé, dont l'activité devait pour une large part s'exercer dans le sens de la compréhension et de l'appréciation d'un droit écrit important et solide ; or, face à ce droit écrit, la doctrine se trouvait, si l'on peut dire, à égalité avec le juge. Au contraire le commentaire de la législation administrative s'est toujours révélé, sauf dans certains domaines particuliers, une tâche fastidieuse et somme toute d'apport limité ; une doctrine véritable du droit administratif ne pouvait prospérer que dans l'examen de la jurisprudence (3).

C'est ce qui explique que ce soit la jurisprudence qui ait déterminé l'élaboration des œuvres maîtresses de la doctrine ; ou même que celles-ci, tel le célèbre *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* de Laferrière, ait eu pour auteur un des membres du Conseil d'Etat (4).

Comme le signale M. Waline (5), les Traités de droit administratif eux-mêmes sont directement inspirés par l'étude attentive des

(2) J. Rivero : « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p. 30 ; le savant auteur ajoute d'ailleurs que ces circonstances « n'expliquent pas que la tradition se soit perpétuée » ; peut-être faudrait-il cependant en chercher une explication dans la faiblesse perpétuée de la législation écrite en matière administrative, qui limite le champ d'investigation de la doctrine à l'examen de la jurisprudence.

(3) Il faut relire à ce sujet, ce qu'écrivait Hauriou en 1933 : « Aujourd'hui, les juristes sont, par la force des choses, poussés vers la jurisprudence plus que vers la loi. Au début du XIX^e siècle, les juristes étaient entièrement tournés vers la loi dont ils s'attachaient à faire le commentaire. C'est maintenant les décisions de jurisprudence qu'ils commentent... Et cela est dû aussi... à ce que les juristes ont compris qu'ils avaient plus d'action sur la jurisprudence que sur la législation... » M. Hauriou, in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n° 23.

(4) Voir, en particulier, l'intéressante étude que Louis Bertrand a consacrée à Laferrière, in *E.D.C.E.*, 1956, pp. 145 et s.

(5) M. Waline : « L'action du Conseil d'Etat dans la vie française », in *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 132.

arrêts. Ainsi Hauriou s'est inspiré de son étude au jour le jour des décisions du juge administratif pour en exprimer la substance dans son *Précis de droit administratif* ; le fait que les onze éditions de ce Précis, qui s'échelonnent entre 1892 (6) et 1927, aient coïncidé avec la publication de 334 notes, occupant plus de 2.200 pages (7), est en lui-même révélateur. La même méthode a été illustrée par Gaston Jeze ; les synthèses que constituent ses *Principes généraux du droit administratif*, ou ses *Contrats administratifs*, procèdent directement des commentaires de jurisprudence qu'il poursuivait parallèlement à la *Revue du droit public*.

C'est ce qui explique aussi le rôle capital des arrêttistes (8), dont l'activité par sa nature est particulièrement proche du travail du juge, au sein de la doctrine du droit administratif.

Là encore c'est l'œuvre monumentale d'Hauriou qui vient la première à l'esprit, en raison de son ampleur d'abord, de la place qu'elle a tenue dans le développement du droit administratif ensuite (9) ; c'est d'ailleurs le Doyen de Toulouse qui, en ce qui concerne le droit administratif, a précisé et illustré le rôle de l'arrêttiste, qui consiste à « dégager les principes », à « faire le point », à « comparer et rechercher les analogies », à « retracer l'évolution » (10). Ainsi l'arrêttiste assure, dans sa tâche d'orientation, un rôle efficace et utile : « il donne aux décisions du Conseil la diffusion nécessaire, et prépare les esprits aux solutions nouvelles » (11).

A un autre titre encore l'œuvre d'arrêttiste de Maurice Hauriou est remarquable : parce qu'elle englobe la totalité du droit administratif de l'époque (12). Et, à ce titre, elle ne supporte guère la comparaison qu'avec celle de Gaston Jeze qui, à partir de 1914, se livre à une entreprise analogue dans les colonnes de la *Revue du droit public* (13).

La voie était ainsi tracée et la doctrine des arrêttistes ne pouvait que prospérer ; elle le fait, mais en se spécialisant ; au *Sirey* la succession d'Hauriou est assurée par Bonnard, Mestre, Delpech ;

(6) C'est également à cette date que le Doyen de Toulouse inaugure sa longue collaboration au Recueil *Sirey*.

(7) La première note d'Hauriou se trouve au *Sirey*, 1892, et elle est consacrée à l'arrêt Cadot ; la dernière note concerne l'arrêt époux de Sigalas du 22 juin 1928.

(8) A ce titre, la distinction est intéressante que fait Pascal Arrighi, entre le « commentateur d'occasion » et l'arrêttiste, « qui fait avec le juge œuvre positive ». P. Arrighi, Hauriou : « Un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat », in *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 341.

(9) Voir L. Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, préface J. Rivero, avant-propos A. Hauriou (Paris, L.G.D.J., 1966).

(10) P. Arrighi, *Hauriou, un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 343 ; sur les méthodes d'Hauriou arrêttiste, voir ce même article, pp. 341 et 342.

(11) P. Arrighi, *Hauriou, un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 345.

(12) Cf. sur ce point J. Fournier : « Maurice Hauriou, arrêttiste », *E.D.C.E.*, 1957, p. 156.

(13) ... Avec peut-être moins de discernement qu'Hauriou quant à l'importance exacte des décisions qu'il commente : pendant la période de production d'Hauriou, MM. Long, Weil et Braibant ont recensé 45 « grands arrêts » parmi lesquels 36 ont été commentés par Hauriou. Alors que pour Jeze la proportion est de 28 à 64.

d'autres notes portent les signatures d'Alibert ou de Font-Réaulx, ou celle plus anonyme de P.L.J. (14).

Toutefois, en dépit des précisions que la thèse de M. Sfez a apportées sur ce point, du moins en ce qui concerne Hauriou (15), il faut reconnaître que la forme de la note d'arrêt se prête mal aux synthèses et aux systèmes, mais favorise au contraire une certaine fluidité de la pensée, qui n'est pas, parfois, exempte de contradictions ; l'aveu — qui émane pourtant d'un juriste éminent — que « ce sont les idées juridiques d'Hauriou qui sont les plus difficiles à saisir » (16), en est une bonne preuve.

En ce qui concerne cette « doctrine des professeurs » déjà, on peut donc noter qu'elle échappe avec peine à un double dilemme : celui de la spécialisation ou de l'universalité des thèmes retenus pour être commentés ; celui ensuite de l'empirisme qui ressemble à l'inconstance ou de la systématisation qui s'évade de la réalité (17) et (18).

Définition organique (suite) : certains juges. — La question se complique encore de la participation à la Doctrine d'autres personnages, plus proches de la juridiction administrative que les « professeurs » ; certains commissaires du Gouvernement d'abord et, occasionnellement, certains juges eux-mêmes.

A partir de 1860 environ commence à s'établir l'habitude de reproduire intégralement, dans les recueils, les conclusions des commissaires du Gouvernement, « non plus seulement dans le but d'apporter sur l'affaire une information plus complète, mais en raison de leur valeur doctrinale » (19) ; il faut d'ailleurs noter que ce mouvement, auquel sont attachés, à ses débuts, les noms de David et de Laferrière, puis Levavasseur de Précourt et de Gomel (20), précède chronologiquement l'apparition des arrêstistes. Or, les conclusions des Commissaires du Gouvernement, de par l'agencement de la procédure administrative (21), et sans doute aussi parfois de par la volonté personnelle de leurs auteurs, appartiennent fréquemment au genre de la doctrine ; comme l'écrit

(14) Cf. J. Fournier : « Maurice Hauriou, arrêstiste », *E.D.C.E.*, 1957, p. 157.

(15) M. Sfez : « Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français », *Thèse précitée*, en particulier pp. 9 et 10 et dans son ensemble la seconde partie de l'ouvrage.

(16) J. Fournier : « Maurice Hauriou, arrêstiste », *E.D.C.E.*, 1957, p. 164.

(17) Ainsi, Jèze, plus qu'Hauriou, fait preuve dans ses notes d'un relatif esprit de système ; il faut d'ailleurs reconnaître que l'exposé gagne en clarté ce qu'il perd en réalisme ; cf. J. Fournier : « Maurice Hauriou, arrêstiste », *E.D.C.E.*, 1957, p. 158, qui amorce une comparaison intéressante entre Hauriou et Jèze, du point de vue de leur activité d'annotateurs. La distinction théorique-pratique est également posée par G. Jeze, qui en conteste d'ailleurs l'actualité, dans G. Jeze : « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 349.

(18) Il faudrait ici mentionner également la méthode de Léon Duguit. Cf. par exemple G. Jeze : « L'influence de Léon Duguit », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932.

(19) J. Fournier : « Maurice Hauriou, arrêstiste », *E.D.C.E.*, 1957, p. 156, à qui nous empruntons cette information.

(20) A ces noms, il convient d'ajouter, dans la période plus récente, ceux de Ronieu, de Blum, de Teissier ; et le mouvement ne s'est certes pas ralenti depuis.

(21) Cf. *supra*, partie I, titre II.

M. Latournerie, le cadre des Commissaires du Gouvernement au Contentieux (22) forme, entre l'Ecole et le juge, « une liaison naturelle » (23) ; et le savant auteur poursuit : « Préposés, par destination, à ces sortes de « prises de conscience » qui s'expriment dans leurs conclusions, ces praticiens paraissent à première vue dans leur comportement juridique, moins éloignés de la Faculté que leurs collègues du siège » (24). M. Waline exprime la même idée en parlant, à ce propos, d'une sorte de « doctrine interne » (25) au Conseil d'Etat.

Enfin il n'est indifférent de remarquer que les membres des juridictions administratives ont de plus en plus largement éprouvé la nécessité d'exercer, à côté de leur tâche juridictionnelle, une activité de type doctrinal, que ce soit par la rédaction de notes ou de chroniques de jurisprudence (26), ou même par le prononcé d'un cours (27) ; à ceci s'ajoutent les innombrables articles, souvent très révélateurs, que donnent périodiquement les membres les plus qualifiés des juridictions administratives.

Dans ces conditions, parce que les juges ont de plus en plus volontiers une activité de type doctrinal (28), il devient difficile d'isoler la Doctrine proprement dite de la jurisprudence, puisque, entre elles deux, existe désormais une communauté, au moins partielle, de personnel.

Définition matérielle : les deux types d'activité doctrinale. — C'est la raison pour laquelle il apparaît tentant de compléter cette première recherche d'une définition par l'examen du type d'activité à laquelle correspond la doctrine, indépendamment de l'origine professionnelle de ceux qui s'y consacrent. La doctrine serait alors constituée par l'ensemble des « discours » que suscite l'activité jurisprudentielle du juge, et qui sont susceptibles d'influencer cette activité.

Mais, là encore, si l'on veut bien pousser plus avant l'analyse, on constate que la réalité est moins simple, et qu'elle impose de distinguer au moins deux types d'activités doctrinales : celle que l'on pourrait nommer « la doctrine des systèmes », et celle, de moins grande ambition, mais dont l'efficacité immédiate est peut-être plus grande, qui recevrait l'étiquette de « doctrine du juge ».

(22) C'est surtout vrai des Commissaires du Gouvernement auprès de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat.

(23) R. Latournerie, *Les Méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 257.

(24) R. Latournerie, op. cit., eod. loc.

(25) M. Waline, *R.D.P.*, 1961, p. 709.

(26) Par exemple, celle qu'assurent à l'Actualité juridique de droit administratif deux auditeurs au Conseil d'Etat, MM. Denoix de Saint-Marc et Labe-toulle.

(27) Tel, par exemple, le *Cours de contentieux administratif*, que M. le Président Odent dispense depuis plusieurs années à l'Institut d'Etudes politiques de Paris, et qui a d'ailleurs fait l'objet d'une polycopie. Romieu et Pichat, pour ne citer qu'eux, l'avaient précédé à l'Ecole libre de Sciences politiques.

(28) Le mouvement inverse est exceptionnel ; celui au terme duquel un membre de la doctrine, un professeur de droit par exemple, serait appelé aux fonctions de juge ; en particulier les conseillers d'Etat en service extraordinaire n'appartiennent pas à la Section du Contentieux. On rapporte cependant que Maurice Hauriou aurait souhaité, à un moment de sa carrière, entrer au Conseil d'Etat ; M^{me} Hauriou aurait confirmé ce point ; cf. sur cette question ce qu'en dit L. Sfez : « Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français », *Thèse précitée*, pp. 72-73.

L'examen des constructions théoriques, des explications d'ensemble, finalement des conceptions générales du droit administratif et des systèmes de droit, appartient à la première ; et l'on peut admettre que, approximativement, elle est en général le fait de publicistes qui ne sont pas des juges (29) mais des professeurs qui l'expriment dans des « Traités » (30). A l'opposé, la « doctrine du juge » entend rester très proche de la jurisprudence, et limiter son intervention à l'application des décisions du juge, éventuellement à la découverte des corrélations qui peuvent être établies entre plusieurs de ces décisions ; la théorie la rebute, dans laquelle elle redoute par dessus tout de perdre le contact avec les réalités. Il faut bien reconnaître — sans d'ailleurs qu'il y ait là de notre part une appréciation de valeur — que la mode est actuellement, en droit public surtout, à cette seconde attitude. Aussi bien cette « doctrine du juge » regroupe-t-elle tant des professeurs de droit que des juges ; elle ne prend que rarement la forme d'un exposé didactique (31), mais plutôt celle de commentaires, de notes, d'articles brefs ; elle est en général partielle, en ce sens qu'elle se préoccupe plus d'explicitement une question particulière que de replacer celle-ci dans le développement d'ensemble du droit administratif.

Au demeurant, il faut bien comprendre qu'il serait maladroit de voir — c'est pourtant parfois ce qui se passe — entre ces deux doctrines une opposition foncière ; la sagesse invite au contraire à les considérer comme également utiles et complémentaires. Entre les deux extrêmes qui ont été définis, existent d'ailleurs tous les degrés intermédiaires qui mènent de l'un à l'autre ; et il faut bien reconnaître d'autre part que certaines questions se prêtent mieux que d'autres à être traitées largement (32).

Ces précisions sur la composition de la Doctrine, et sur la nature de l'activité doctrinale (33), faciliteront sans doute l'examen du rôle que celle-ci est susceptible de jouer, en tant que source matérielle du droit jurisprudentiel.

(29) Sans doute des membres — et parmi les plus éminents — du Conseil d'Etat dispensent également aujourd'hui des cours magistraux ; un exemple en a été donné (cf. *supra*, p. 151) ; mais il suffit d'ouvrir ces cours pour constater que les questions de pure théorie en sont bannies ; l'introduction du *Cours de Contentieux administratif* de M. le Président Odent est à cet égard significative : dès la seconde page, nous sommes avertis que « l'accent sera mis sur la pratique » ; à la page suivante, le problème de la concomitance d'un droit public et d'un droit privé est réglé en ces termes : « La doctrine a souvent et excellemment dégagé les motifs de cette dualité des droits. Il suffit ici de constater qu'elle existe. » (R. Odent, *op. cit.*, p. 4).

(30) Cela s'expliquerait par le « recul » dont bénéficie le professeur, par rapport à l'espèce, et qui fait évidemment défaut au juge ; cf. G. Jeze : « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », *op. cit.*, p. 349. Le fait que le professeur soit professionnellement orienté vers les tâches d'enseignement joue également un rôle certain.

(31) Cependant, actuellement, le *Manuel* de M. le Professeur Waline se rattache aussi pour partie à cette tendance.

(32) D'une façon générale, à l'intérieur même des disciplines de droit public, le droit administratif paraît plus rebelle que le droit constitutionnel aux expositions systématiques.

(33) Cf. encore l'exposé bref mais lumineux de J. Carbonnier : « Chronique sur les notes d'arrêts », *D.*, 1970, p. 137 ; comp. avec G. Cohendy : « La méthode d'un arrêtiiste au xix^e siècle... Labbé... », (*Thèse*, Lyon, 1909-1910 ; Paris, A. Rousseau, 1910).

§ 2. — *Mesure de l'audience de la Doctrine auprès du juge administratif*

Plan du paragraphe. — De cette doctrine, qu'on a tenté de définir, il faut maintenant préciser la place qu'elle est susceptible d'occuper parmi les sources matérielles du droit jurisprudentiel (A), ainsi que les limites de son action (B) ; et ceci en illustrant les propositions que l'on sera amené à formuler par le choix de quelques exemples précis.

A. — L'AUDIENCE DE LA DOCTRINE

Rôle immédiat et rôle indirect de la doctrine. — La doctrine est une des sources matérielles du droit jurisprudentiel à un double titre : d'abord parce qu'il peut arriver que le juge reprenne, purement et simplement, dans une décision, une solution qui lui a été suggérée par telle proposition de la doctrine ; ensuite, et de façon moins immédiate, parce que le travail de la doctrine permet seul au juge de mesurer exactement la portée des solutions qu'il adopte, et en conséquence d'en modifier éventuellement le contenu. A ce double titre, comme on a pu l'écrire : « le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine est naturel et bienfaisant » (34) et (35).

Exemples d'emprunts directs du juge à la doctrine. — En premier lieu, il est des cas dans lesquels le juge a directement emprunté à la doctrine une solution qu'elle avait proposé, incorporant de ce fait cette solution au domaine du droit positif (36).

Ainsi, pour prendre un des exemples les plus connus, il est communément admis que la règle jurisprudentielle nouvelle que consacrent les deux arrêts Delville et Laruelle (37) a son origine dans un article particulièrement remarqué que M. Waline avait publié peu de temps auparavant (38), et dans lequel il dénonçait la politique de l'irresponsabilité quasi-absolue des agents publics que

(34) G. Vedel, *E.D.C.E.*, 1954, p. 53.

(35) L'exemple le plus célèbre est sans doute le « dialogue » de M. Latournerie (« Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public... », *E.D.C.E.*, 1960, p. 61, en particulier pp. 136-137) et de M. Waline (« Compte rendu de l'étude de M. Latournerie », *R.D.P.*, 1961, p. 708) ; mais en dépit du rattachement professionnel de ces deux éminents savants, s'agit-il encore d'un dialogue de la doctrine et de la jurisprudence, ou bien d'une discussion purement interne à la doctrine ?

(36) Il y a d'ailleurs des exemples en sens inverse ; ainsi, les formules employées par le Commissaire du Gouvernement Gomel dans ses conclusions sur l'arrêt Carrière (C.E. 20 février 1880, *Leb.*, p. 186) figurent-elles, presque sans changement, dans Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e éd. (Paris, Dunod, 2 vol., 1882), t. I, p. 469, ou dans Ducrocq, *Cours de droit administratif*, op. cit., 4^e éd., t. I, p. 4.

(37) C.E. 28 juillet 1951, Laruelle et Delville, *J.C.P.*, 1952, II, 6734, note Eisenmann ; S., 1952, 3, 25, note Mathiot ; *R.D.P.*, 1951, p. 1087, note Waline.

(38) M. Waline, *R.D.P.*, 1948, pp. 5 et s.

(39) Il n'est pas interdit de rappeler que, déjà auparavant, Hauriou avait souhaité cette possibilité d'une action récursoire de l'Administration contre son agent, lorsque la première a indemnisé la victime de la totalité du préjudice subi. Note Hauriou sous C.E. 28 mars 1924, Poursines, S., 1926, 3, 17. Dans cette note, Hauriou, il est vrai, se gardait bien d'être d'abord critique, et se bornait à « suggérer » à la Haute Assemblée la solution nouvelle.

consacrait la jurisprudence ancienne ; en admettant l'action récursoire de l'administration au cas de faute personnelle de l'agent, les arrêts Laruelle et Delville permettent ainsi de faire supporter définitivement par l'agent les conséquences de sa faute, même en dehors de l'hypothèse de subrogation de la personne publique dans les droits de la victime (39).

De la même façon, on sait que les notes répétées de G. Jèze à la Revue du droit public (40), qui dénonçaient la lenteur de la procédure administrative et le préjudice que cette lenteur causait au justiciable, ont retenu l'attention du Conseil d'Etat ; et que les mesures pratiques, que cet annotateur préconisait pour accélérer la procédure, ont été finalement adoptées par le juge, qui les a incorporées au droit positif (41).

Il y a plus longtemps, le Commissaire du Gouvernement Jagerschmidt avait fait, dans ses conclusions dans un arrêt Leroux de Bretagne (42), expressément mention d'une solution de la doctrine ; après avoir rappelé les faits de la cause, et formulé le problème de droit qui se posait, le Commissaire du Gouvernement constatait que : « cette question est tout à fait neuve ; aucun précédent ne l'a tranchée » ; et dans la recherche d'une solution, il citait immédiatement le « *Traité de la comptabilité de fait* » de MM. Marques di Braga et Camille Lyon ; par la suite, le Commissaire du Gouvernement fait, dans la même espèce, plusieurs emprunts exprès de ce même ouvrage.

De la même façon, Romieu lui-même, qui par ailleurs ne professait guère de pitié pour la doctrine, signale dans ses conclusions sur l'arrêt Mogambury (43) que la solution qu'il propose « peut invoquer en sa faveur des autorités considérables dans la science du droit administratif » ; et il cite Laferrière et le « *Dictionnaire d'administration* » de Blanche.

On pourrait encore mentionner ici l'influence directe que les écrits d'Hauriou semblent avoir eue sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, en matière de recevabilité du recours pour excès de pouvoir intenté par le contribuable communal. Dans sa note sous les deux décisions Bied-Charreton et Poisson du 10 février et du 10 mars 1893 (44), le savant auteur invite le Conseil d'Etat à reconnaître aux contribuables communaux la faculté d'user du contentieux de l'excès de pouvoir pour s'assurer de la légalité de l'action communale, ce que la Haute Assemblée leur refusait dans les deux espèces précitées ; le Doyen de Toulouse prévoit cette

(40) Voir en particulier Jeze, *R.D.P.*, 1911, p. 291 ; *R.D.P.*, 1916, p. 65 ; *R.D.P.*, 1921, p. 377.

(41) Dans un domaine différent, on peut noter de très larges références à une note de M. Waline (*R.D.P.*, 1956, p. 564), dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Henry sur l'arrêt C.E. 8 avril 1961, Dame Klein, *D.*, 1961, p. 587. Autre exemple encore, la longue citation du *Manuel de droit constitutionnel* de M. Vedel que propose le Commissaire du Gouvernement Letourneur à l'appui de sa thèse dans ses conclusions sur l'arrêt C.E. 30 mai 1952, Dame Kirkwood, *R.D.P.*, 1952, p. 788.

(42) C.E. 17 janvier 1896, Leroux de Bretagne, *S.*, 1898, 3, 26, conclusions Jagerschmidt.

(43) C.E. 2 décembre 1892, Mogambury, *S.*, 1894, 3, 97, conclusions Romieu.

(44) C.E. 10 février 1893, Bied-Charreton, et C.E. 10 mars 1893, Poisson, tous deux au *S.*, 1894, 3, 129, avec une note Hauriou.

évolution en des termes fameux : « Voilà vingt ans que des recours échelonnés sont venus solliciter le Conseil d'Etat ; leur insuccès ne doit pas décourager les contribuables ; qu'ils continuent à frapper à la porte ; elle finira par s'ouvrir » (45).

Moins de dix ans plus tard, le souhait est exaucé ; par le célèbre arrêt Casanova (46), le Conseil d'Etat affirme la recevabilité de l'action en annulation introduite par un requérant qui excipe de sa seule qualité de contribuable communal ; l'influence d'Hauriou ne semble pas niable, d'autant plus que la décision est rendue sur le rapport de Teissier qui était un des proches amis du Doyen de Toulouse (47).

Le rôle de la systématisation doctrinale. — Dans d'autres cas, l'influence de la doctrine est moins immédiate, plus diffuse ; celle-ci joue alors pour le juge un peu le rôle d'un système de référence, privilégié parce qu'écrit en termes juridiques, auquel il vient confronter les solutions qu'il adopte pour, au besoin, les réformer par la suite.

Le juge cherche alors dans la doctrine une vision plus large, dégagée des problèmes strictement juridictionnels. Car il sait fort bien — et son travail juridictionnel en rend compte (48) — qu'il a besoin, surtout lorsqu'il crée du droit, de replacer cette jurisprudence nouvelle au sein d'un système plus vaste qui gouverne le domaine dans lequel la décision intervient ; il y a là une mission de systématisation du droit que la doctrine peut seule mener à bien, et qui est indispensable à la bonne activité jurisprudentielle du juge (49). Le juge trouve dans ces synthèses éventuellement son inspiration, et toujours sa sécurité (50) ; à son tour, la doctrine doit savoir lui offrir « cette prodigieuse synthèse, cette liaison constante entre le droit et les grands concepts sociaux, moraux ou philosophiques » dont M. Vedel accordait l'avantage au Doyen Hauriou (51).

La tâche de la doctrine est alors d'effectuer les comparaisons qui

(45) Cf. encore : « Recueil des notes d'Hauriou », *La Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II, pp. 205 à 213.

(46) C.E. 29 mars 1901, Casanova, Canazzi et autres, *S.*, 1903, 3, 73.

(47) ... Certains objecteront peut-être que, dans cette affaire, le Commissaire du Gouvernement était Romieu, certainement beaucoup plus à l'écart de l'influence d'Hauriou.

(48) Cf. *supra*, partie I, titre I *in globo*.

(49) M. Rivero a attiré l'attention sur cette question en des termes remarquables. Cf. J. Rivero : « Apologie pour les faiseurs de système », *D.*, 1951, p. 99.

(50) ... Car le justiciable a droit à une certaine stabilité du droit, ce qui suppose que le droit jurisprudentiel soit suffisamment établi et présente un minimum de permanence. Mais nous abordons là des questions qui ne touchent plus d'abord les rapports de la doctrine et du juge, mais qui mettent en scène le justiciable ; ajoutons simplement à ce sujet qu'une des missions de la doctrine serait aussi de « traduire » le droit jurisprudentiel pour que celui-ci devienne plus intelligible au justiciable ; le mot de M. Rivero est un peu une condamnation, non seulement du juge, mais aussi de la doctrine, qui manquerait à sa tâche : « Notre droit administratif est, par certains aspects, une œuvre essentiellement aristocratique, élaborée pour et par le Salon du Palais-Royal. » (J. Rivero : « La réforme du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1953, p. 942). Cf. aussi G. Vedel, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 57 ; ou bien J. Rivero, *E.D.C.E.*, 1955, p. 35.

(51) Discours prononcé par G. Vedel, Président de l'Association des Etudiants en Droit de la Faculté de Toulouse, lors de l'inauguration d'un monument à la mémoire du Doyen Hauriou.

s'imposent et qui sont susceptibles d'éclairer le juge, de dégager les conséquences immédiates et lointaines de la règle qui vient d'être adoptée, de la rapprocher de celles qu'ont posées des décisions précédentes et éventuellement de suggérer les rectifications qui s'imposent.

Par ailleurs, certains ont voulu voir dans le travail de la doctrine le contrepoids nécessaire au pragmatisme de la jurisprudence administrative, par le rappel constant qu'elle ferait à cette dernière de la finalité essentielle que constitue la défense des libertés individuelles (52).

Le rôle des « grandes synthèses » de la doctrine. — Il n'est pas jusqu'aux grandes synthèses juridiques, voire jusqu'aux thèses métajuridiques, qui n'aient leur part d'influence sur le juge de droit public ; simplement celle-ci est plus diffuse, moins immédiate, et ne s'exercera en général que par le relais d'une autre source matérielle, doctrinale ou non, de portée plus spécifique. Ainsi M. Latournerie, tout en insistant sur la réserve naturelle que le juge entretient à l'égard de telles théories, nie que celui-ci « se confîne délibérément dans une ignorance systématique des thèses métajuridiques, et que son action reste imperméable à certaines influences qu'elles peuvent avoir » (53). Finalement il n'y a là rien d'autre que la réponse satisfaisante donnée au vœu que formulait Laferrière : « il faut qu'il se dégage de la jurisprudence un courant de doctrine assez puissant et assez régulier pour qu'on sente son influence dans chaque décision particulière » (54).

Les exemples de ce type d'influence dont nous avons dit le caractère diffus, sont évidemment assez difficiles à rapporter, « car les cheminements d'une pensée ne laissent guère de trace » (55). Aussi bien choisissons-nous, avec d'autres d'appeler, à notre aide la puissante démonstration que M. Rivero a menée à bien dans un article consacré par lui à *Maurice Hauriou et l'avènement de la notion de service public* (56) ; M. Rivero y apporte la preuve d'une filiation directe entre la solution que consacre l'arrêt Terrier (57), et l'exposition depuis 1899 ou 1892 (58) par Hauriou de la notion de service public ; en particulier, il montre de façon rigoureuse que les conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu, qui

(52) En ce sens, M. Ch. Kessler : « Le Conseil d'Etat », *C.F.N.S.P.*, n° 167 (Paris, Colin, 1968), p. 109.

(53) R. Latournerie, *Les Méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 261.

(54) Laferrière : « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », *op. cit.*, in Introduction ; l'honnêteté nous oblige cependant à signaler qu'à notre avis le mot doctrine ne doit pas dans ce texte être pris, eu égard au contexte, dans son sens organique, mais comme synonyme de « courant de pensée » ; voir cependant, en sens inverse, L. Sfez : « Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif », *op. cit.*, p. 490. La position de M. Rivero paraît plus nuancée (J. Rivero : « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p. 29).

(55) J. Rivero : « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », in *Mélanges Mestre* (Paris, Sirey, 1956), p. 469.

(56) J. Rivero : « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », in *Mélanges Mestre* (Paris, Sirey, 1956), p. 469.

(57) C.E. 6 février 1903, Terrier, *S.*, 1903, 3, 25, concl. Romieu, note Hauriou.

(58) M. Rivero, dans l'article précité aux *Mélanges Mestre*, avait retenu 1899 ; L. Sfez, dans sa thèse précitée, retient 1892.

cependant ne cite à aucun moment le nom d'Hauriou, sont directement issues de la pensée de celui-ci (59).

Nous emprunterons un second exemple de ce type d'influence de la doctrine à la thèse de L. Sfez (60), quoique, de l'aveu même de l'auteur, cet exemple soit « beaucoup moins pur » (61) que le précédent ; il s'agit de la nature juridique de la concession de service public. A vrai dire, quoique « impur », l'exemple est doublement intéressant puisque comme l'a très pertinemment écrit M. de Laubadère : « il apparaît que la conception moderne qui voit dans la concession un acte mixte, mi-réglementaire, mi-contractuel, nous vient à la fois de Duguit et d'Hauriou, et qu'elle a du reste été consacrée dans un arrêt célèbre dans lequel les deux maîtres ont poussé la coopération jusqu'à être l'un le requérant, l'autre l'annotateur de l'arrêt » (62), (63) et (64).

Et puisque l'on parle de Duguit, on doit citer ici les recherches qu'ont menées à bien plusieurs membres du Conseil d'Etat et dont les conclusions ont été proposées au Congrès Duguit en mai 1959 ; celles-ci font le point de l'influence des idées de Duguit sur la jurisprudence administrative (65). Ainsi, par exemple, il est possible que le refus de Duguit de distinguer, sur le terrain du risque, entre l'action « administrative » et l'action « législative » de l'Etat ait tracé la voie au principe de la responsabilité de l'Etat législateur que consacrera l'arrêt « Société Lafleurette » (66). D'une façon plus diffuse on sait la place que le Doyen de Bordeaux accordait à la notion de service public ; et il n'est pas interdit de voir dans le renouveau jurisprudentiel du service public à partir de 1954 l'influence de sa pensée, peut-être d'ailleurs par l'intermédiaire d'autres partisans du service public.

Il reste cependant que l'influence de Duguit n'a pu être que diffuse et en quelque sorte indirecte ; d'abord parce que cet auteur n'entendait le droit administratif que comme une sorte de complément à son étude du droit constitutionnel ; ensuite en raison de son option intellectuelle pour les grandes théories explicatives qui lui imposait une certaine distance à l'égard de la jurisprudence.

Conclusion sur ce point. — Toutes ces constatations permettent de conclure que la doctrine est bien une des sources matérielles du

(59) J. Rivero : « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *op. cit.*, pp. 469 à 471. D'après l'auteur, Romieu aurait cependant tenu à donner ses références doctrinales, mais l'aurait fait sous la forme anonyme du « on ».

(60) L. Sfez : « Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français », *op. cit.*, pp. 494 à 496.

(61) L. Sfez, *op. cit.*, p. 494.

(62) Il s'agit de l'arrêt C.E. 21 décembre 1906, Syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli, S., 1907, 3, 33, note Hauriou.

(63) A. de Laubadère : « Contribution au Congrès Duguit », in *Revue juridique et politique du Sud-Ouest*, 1959, p. 178.

(64) Pour l'économie détaillée de cet exemple et ses limites, nous renvoyons à la thèse de L. Sfez, pp. 495-496.

(65) Boutet, Gazier, Heumann, Letourneur et Théry : « L'influence des idées du Doyen Duguit sur la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1959, n° 3 et 4, pp. 181 et s. On peut aussi consulter, dans une optique plus théorique, la thèse de E. Pisier-Kouchner : « Les fondements de la notion de service public dans l'œuvre de Léon Duguit », Thèse, Paris, 1970, dactylographiée, 2 vol.

(66) C.E. 14 janvier 1938, Sté Lafleurette, S., 1938, 3, 25.

droit jurisprudentiel, qu'elle propose une solution particulière précise ou qu'elle agisse de façon plus diffuse. Mais dire cela c'est reconnaître également que la solution proposée par la doctrine n'est rien par elle-même, et que seul le juge — à côté du législateur — a accès au domaine du droit positif ; or, il faut bien constater qu'à côté des exemples positifs qui viennent d'être indiqués, il est d'autres cas où le juge refuse son agrément aux solutions que propose la doctrine ; c'est la question des limites de la place de la doctrine.

B. — LES LIMITES DE L'AUDIENCE DE LA DOCTRINE

Existe-t-il une réserve de principe du juge vis-à-vis de la doctrine ?
— En dépit des éléments positifs qui viennent d'être recensés, il paraîtrait, pour certains, que le bilan serait, sur ce point, plutôt négatif ; c'est semble-t-il, avec des réserves, l'opinion à laquelle se range finalement un des membres du Conseil d'Etat, pourtant parmi les plus proches de la doctrine, à laquelle il ne dédaigne pas d'apporter fréquemment la contribution de sa plume (67). M. Sfez, dans sa thèse précitée, a consacré de brillantes pages aux manifestations et aux motifs du « désintéressement du Conseil d'Etat envers la doctrine » en général (68), envers la pensée d'Hauriou en particulier (69).

Il nous paraît, toutefois, pour notre part, qu'il ne convient pas de présenter sur cette question des conclusions trop tranchées. On doit bien prendre conscience en effet de ce que la doctrine n'est jamais qu'une source matérielle du droit administratif, et qu'à ce titre, son action, comme toute influence de pensée, échappe à l'évaluation quantitative ; en ce sens, la multiplication des contacts personnels entre membres de la doctrine et praticiens, occasionnellement la réunion en une même personne des deux types d'activité, semblent éminemment favorables à cette diffusion de la pensée ; enfin serait-il inexact de voir une part de mode dans la désaffection dont certains praticiens font montre envers la doctrine, une doctrine d'ailleurs qu'en réalité ils avouent ensuite mal connaître (70).

Une explication de cette réticence vis-à-vis de la doctrine a été proposée avec beaucoup de clairvoyance par J. Boulanger : « le raisonnement d'où se tire la décision ne subit la forme contraignante de la logique qu'une fois que le juge a opté pour les propositions qu'il entend y inclure » (71) ; et « si l'intuition précède le raisonnement, il est très compréhensible que le juge se défie de la doctrine » (72). On remarquera cependant que si le juge accorde sa

(67) R. Latournerie, cf. en particulier le bilan des rapports de la doctrine et de la jurisprudence que l'auteur présente : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, pp. 256 à 258.

(68) Cf. L. Sfez : « Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif », *op. cit.*, pp. 482 et s.

(69) Cf. L. Sfez, *Thèse précitée*, pp. 487 et s.

(70) Ils ajouteraient sans doute que, ignorants de la doctrine, ils n'en accomplissent pas moins leur métier ; et que c'est bien là la preuve de l'inutilité de celle-ci. Sans doute...

(71) J. Boulanger, *Rapport à la Semaine internationale du Droit*, 1951.

(72) L. Sfez, *Thèse précitée*, p. 484, qui rapporte également l'observation de J. Boulanger.

part aux considérations finalistes, il ne délaisse pas pour autant les instruments de la logique (73) ; et que, surtout, il y a longtemps que la doctrine a abandonné une vision purement logique de l'ordonnement juridique, pour accorder aux considérations téléologiques l'importance qui est la leur (74).

Quoi qu'il en soit, le désintérêt partiel du juge pour la doctrine reste un fait, bien qu'il nous paraisse pour notre part appartenir plus au passé qu'à l'avenir ; L. Sfez cite, à cet égard, des éléments significatifs : Romieu aurait affirmé que la lecture de la Doctrine « faussait l'esprit ». M. Laroque pense que Pichat ignorait jusqu'au nom d'Hauriou ; et M. le Président Odent croit de même que Romieu ne savait pas non plus qui était Hauriou (75) ; la Bibliothèque du Conseil d'Etat ne se serait abonnée au « Sirey » que tardivement, etc. (76). Encore une fois, ces exemples sont d'un passé finalement assez ancien, et la complexité croissante du contentieux, l'incorporation de domaines nouveaux, comme le droit économique, également les transformations de la doctrine qui devient plus pragmatique, conduiront lentement, pensons-nous, doctrine et jurisprudence à un mariage de raison sinon d'amour (on dit que ce sont les plus solides...). Notre optimisme peut d'ailleurs se réclamer de la haute autorité de M. Rivero qui, à l'idée de mariage, préfère cependant celle, plus mélodieuse, du « duo » ou du « chœur à deux voix » (77).

Exemples de méconnaissance de solutions doctrinales. — Quoi qu'il en soit, il est indéniable que le juge écarte parfois délibérément les solutions que propose la doctrine ; nous voudrions simplement en donner quelques exemples précis ; ceux-ci faisant ainsi pendant à ceux, positifs, qui ont déjà été donnés (78).

Ainsi, lorsqu'il annotait trois arrêts (79), aujourd'hui bien oubliés, qui datent de 1911, Maurice Hauriou croyait pouvoir annoncer le prochain déclin du contentieux distinct du recours pour excès de pouvoir : « Voici trois arrêts appelés à devenir célèbres... Dans cinquante ans d'ici on aura de la peine à croire que les justiciables du début du XX^e siècle s'astreignaient encore à faire deux procès successifs devant le Conseil d'Etat, à propos de la même affaire, d'abord un procès en annulation d'acte, ensuite un procès d'indemnité » (80). Le moins qu'on puisse dire c'est que le juge ne

(73) Cf. sur ce point *supra*, partie I, titre I, chapitre II, en particulier section III.

(74) L. Sfez le reconnaît d'ailleurs, *Thèse précitée*, p. 484.

(75) Cette dernière observation semble cependant inexacte ; certains affirment même que Romieu savait *très bien* qui était Hauriou, et que c'est une des raisons pour lesquelles il n'en voulait pas au Conseil d'Etat, oubliant sans doute que le firmament supporte la concurrence de plusieurs étoiles.

(76) Cf. L. Sfez, *Thèse précitée*, qui propose, parmi d'autres, ces exemples p. 484.

(77) J. Rivero : « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p. 35.

(78) Cf. *supra*, A de ce même paragraphe, pp. 153 et s.

(79) C.E. 31 mars 1911, Blanc, Arcaing, Bézie, S., 1912, 3, 129, note Hauriou.

(80) L'exemple est emprunté à J. Fournier : « Maurice Hauriou, arrêliste », *E.D.C.E.*, 1957, p. 157.

l'a pas suivi à ce jour (81) ; en l'espèce la jurisprudence n'a pas fait sa place à la règle juridique nouvelle qui lui était proposée (82).

Les conclusions du Commissaire du Gouvernement Braibant, dans une affaire plus récente (83) sont un second exemple du refus du juge de consacrer une solution proposée par la doctrine ; le Commissaire du Gouvernement avait proposé de retenir, dans cette affaire, l'analyse et les propositions de Gaston Jèze ; le Conseil d'Etat a partiellement refusé de le suivre, et n'est pas revenu sur la solution traditionnelle.

Une note très intéressante de M. Waline au Dalloz de 1939 (84) a subi un sort analogue. L'annotateur, faisant remarquer les inconvénients considérables que présentait l'application stricte des règles de compétence en matière d'expropriation, proposait une solution résolument nouvelle. Le juge n'a jamais accordé son attention à cette proposition et a persisté, non sans difficulté, dans les voies traditionnelles ; il est vrai que, comme le notait M. Waline lui-même, cette orientation nouvelle aurait supposé, en premier lieu, une réforme législative (85).

Les limites de la collaboration de la doctrine et de la jurisprudence. — Inévitablement, il faut, pour terminer, dire un mot des interprétations extensives de la doctrine, qui font parfois l'amusement discret — et fort peu coupable — des juges du Palais-Royal ; il faut d'ailleurs admettre qu'à leur tour, ceux-ci ont volontiers un certain plaisir bonhomme à jouer les Monsieur Jourdain, et à s'étonner de tout ce qu'on leur prête par la suite de sous-entendus et lointaines pensées, à eux qui avaient rendu telle décision « sans le savoir... ».

Ainsi la lecture des conclusions du Commissaire du Gouvernement Galabert dans un arrêt récent (86) révèle que la seule question qui a paru au Conseil prêter à difficulté a été celle de la recevabilité de la requête, précisément de la qualité pour agir du syndicat requérant, alors que les annotateurs ont voulu voir sous cette décision la manifestation discrète de l'opinion de la Haute Assemblée sur plusieurs problèmes de fond (87).

(81) Et pourtant on ne peut s'empêcher de penser que la survivance de contentieux séparés, que l'histoire explique, constitue souvent aujourd'hui un anachronisme onéreux.

(82) De façon plus générale et sur un autre point, M. Latournerie remarque qu'« avec quelque rigueur logique que des amoureux de l'absolu aient — en dehors du Conseil d'Etat — envisagé de faire régir par un principe unique la responsabilité de la puissance publique, dans ses formes infiniment variées, ils ne semblent pas avoir la plus mince chance de faire triompher leur idée auprès du juge de l'indemnité ; et la jurisprudence, en ce domaine, s'est solidement, comme on sait, établie sur les deux notions de faute et de risque, comme sur deux solides piliers ». R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, pp. 213 et 214. On serait tenté d'ajouter qu'aujourd'hui, plutôt que de responsabilité pour risque, il faudrait parler de responsabilité sans faute, incluant ainsi les hypothèses infiniment variées de rupture de l'égalité des administrés entre eux.

(83) Conclusions Braibant sur C.E. 10 mai 1963, Sté coopérative « Prospérité fermière », *R.D.P.*, 1963, p. 584.

(84) Cass. civ. 6 juillet 1938, *D.*, 1939, 1, 18, note Waline.

(85) Voir encore sur ce point, J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, t. I, p. 113.

(86) C.E. 2 juillet 1965, Syndicat national indépendant des cadres, ingénieurs et agents de maîtrise d'Air France, *A.J.D.A.*, 1965, p. 488, concl. Galabert.

(87) La question de fond n'est traitée que rapidement par le Commissaire du Gouvernement et comme ne prêtant pas à difficulté.

La même remarque vaudrait pour l'arrêt Sté Eky (88), aujourd'hui célèbre à plus d'un titre, alors qu'il semble bien que, là encore, le juge n'ait eu essentiellement à l'esprit que la question de la recevabilité de la requête ; c'est sur cette question en effet que sont centrées les conclusions du Commissaire du Gouvernement Kahn (89), alors qu'aujourd'hui l'arrêt est justement célèbre pour la contribution qu'il a apportée à la distinction entre règles et principes fondamentaux en ce qui concerne la détermination des crimes et délits.

D'une façon générale d'ailleurs, il n'est pas étonnant de remarquer que la doctrine, qui n'est pas directement mêlée au travail juridictionnel, a facilement tendance à minimiser l'importance des questions de recevabilité, alors cependant que celles-ci sont parfois un moyen pour le juge de se prononcer discrètement sur une question de fond (90).

En tous les cas, de tels exemples disent les limites évidentes de la collaboration de la doctrine et de la jurisprudence, qui ont à la fois des préoccupations et des centres d'intérêt qui ne coïncident pas toujours (91).

Conclusion de la Section. — La doctrine est une source d'inspiration du juge administratif ; elle est, dans certains cas de façon précise, très souvent — pensons-nous — de façon plus diffuse, à l'origine des solutions du droit jurisprudentiel ; il n'est sans doute plus aucun membre du Conseil d'Etat qui ne possède dans sa bibliothèque tels ouvrages de doctrine, qui ne soit au courant de l'activité des annotateurs, qui ne connaisse personnellement tel professeur de droit. Mais tous ces éléments jouent de façon incontrôlable, et sans qu'on puisse jamais espérer démontrer de façon générale une filiation d'idée.

Toutefois, il n'est pas niable que la doctrine figure parmi les sources matérielles du droit administratif, et qu'elle y occupe même parce qu'elle s'exprime en termes juridiques, une place privilégiée.

Dans sa tâche de création du droit jurisprudentiel, le juge utilise parfois, parmi d'autres et à sa place, la méthode qui consiste à se référer aux écrits de la doctrine ; et cela quand bien même il répugne à le reconnaître trop ouvertement.

(88) C.E. 2 février 1960, Sté Eky, S., 1960, 3, 131, concl. Kahn ; D., 1960, 264, note L'Huillier ; J.C.P. 1960, II, 11629 bis, note Vedel.

(89) Seul le dernier paragraphe de ses conclusions traite, très rapidement, de la question de fond.

(90) Cf. *infra*, partie II, titre II.

(91) Et la même divergence de méthode se retrouve parfois entre deux exposés doctrinaux, surtout si l'on admet que les Commissaires du Gouvernement, par leurs conclusions, se rattachent à la doctrine. Ainsi est particulièrement significative, à notre sens, la divergence d'optique qui existe entre les conclusions du Commissaire du Gouvernement Letourneur et la note de M. Vedel dans l'arrêt T.C. 26 mai 1954, Moritz, S., 1954, 3, 85, concl. Letourneur ; J.C.P. 1954, II, 8334, note Vedel.

Section II. — Le juge administratif et la jurisprudence d'autres tribunaux

Rapports de cette question avec celle de l'application du droit privé par le juge administratif. — La question que l'on aborde maintenant doit être formulée aussi exactement que possible : il s'agit de décrire et de mesurer l'influence que peuvent avoir les solutions adoptées par d'autres juridictions sur le contenu des solutions jurisprudentielles du juge administratif.

Ce problème est différent de celui de l'application du droit privé par le juge administratif, bien que tous deux ne soient pas sans rapports ; plus exactement, la liaison entre eux dépend capitalemment de la définition que l'on donne du droit privé ; si on limite celui-ci à l'ensemble de la législation régissant l'activité des personnes de droit privé, on retrouve alors, du point de vue retenu ici, la question classique (92) de l'application de la loi par le juge administratif, singularisée uniquement par le fait qu'il s'agit de l'application de textes écrits d'abord pour régir l'activité des personnes privées (93) et (94). Si, en revanche, on inclut dans la définition du droit privé — comme cela est généralement fait aujourd'hui — les solutions adoptées avec une constance relative par les juridictions de l'ordre judiciaire, alors il faut bien admettre que la question de l'influence des décisions des juridictions de l'ordre judiciaire sur le juge administratif rejoint celle plus large de l'application du droit privé par le juge administratif (95) et (96).

(92) Examinée ci-dessus. Cf. *supra*, partie II, chapitre préliminaire.

(93) Sur ce point, les conclusions du Commissaire du Gouvernement Rivet dans l'affaire Olive (C.E. 25 novembre 1921, *R.D.P.*, 1922, p. 107) ont une valeur permanente : « Vous êtes maîtres de votre jurisprudence..., à vous de la créer..., en ne retenant les règles du Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective. » Cf. encore C.E. 8 juillet 1959, section de la Corrèze du Syndicat national de l'apprentissage, *Leb.*, p. 347, où est exprimée la double réserve de complémentarité et de compatibilité que le juge administratif met à l'application des règles du droit privé.

(94) Cf. sur ce point l'étude systématique à laquelle s'est livré J. Waline : « Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif », *Thèse* Paris, 1962, multigraphiée. Les exemples les plus généralement cités sont les articles 1153 et 1154 du Code civil sur la capitalisation des intérêts, et 1792 et 2270 sur la responsabilité décennale des entrepreneurs. Un autre exemple amusant est fourni par un arrêt C.E. 19 février 1943, Pagès (*G.P.* 1943, 1, 31, commentaire R. Léonard) qui applique l'article 216 du Code civil, permettant au mari de s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession séparée, alors qu'il était soutenu que ce texte concernait les seules fonctions privées. M. Waline, dans sa thèse précitée, en arrive à la conclusion que « le juge administratif applique, et bien plus souvent qu'on ne le pense, les règles du droit privé », *Th.* précitée, p. 340.

(95) Voir en particulier, sur cette question, parmi d'innombrables travaux, les remarques très fines de R. G. Schwartzberg, *L'autorité de la chose jugée*, *Th.* précitée, en particulier pp. 16 et s. ; R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, *Th.*, Paris, 1954 ; A. Hauriou, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*, *Rec. Fr. Gén.*, t. III, p. 92 ; Ch. Eisenmann, *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, *J.C.P.*, 1949, 1, 742 et 751. M. Vedel distingue pour sa part entre l'autonomie « essentielle » du droit administratif par rapport au droit privé, et son autonomie « accidentelle » ; cf. G. Vedel, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 138 ; et surtout la note du même auteur sous l'arrêt Moritz (T.C. 26 mai 1954) au *J.C.P.* 1954, II, 8334 *in fine*, dans laquelle cette distinction est clairement formulée et appré-

En revanche, notre objet est plus large dans la mesure où l'examen ne se limite pas à l'influence du seul juge judiciaire, mais doit être étendu à celle que peuvent avoir d'autres juridictions.

Quelles sont les juridictions envisagées ici ? — Dans leur ensemble, ces juridictions sont constituées par le Conseil Constitutionnel, la Cour de Justice des Communautés, et — bien sûr — l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire (97). Le problème se pose de savoir si cette liste doit être complétée par la mention du Tribunal des Conflits (98).

Il semble bien, si l'hésitation est permise, qu'il convienne finalement de l'écarter de cette liste. Et ceci pour deux raisons essentielles.

D'abord parce que la nature des litiges qui sont soumis à cette juridiction, la façon dont celle-ci y répond, sa composition et la procédure qui est suivie devant elle (99), font — comme il a déjà été dit (100) — que le Tribunal des Conflits est lui-même un « juge administratif ». Au demeurant, il ne faut pas oublier qu'historiquement, la procédure du Conflit, avant d'être confiée à une juridiction paritaire spéciale, s'analysait en un arbitrage du Chef de l'Etat, statuant sur avis du Conseil d'Etat (101) ; et l'intervention de cette Assemblée était, on le sait, prépondérante.

ciée. Le problème est déjà un peu différent dans Lamarque, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, 1960, préf. J.-M. Auby et J. Brèthe de La Gressaye. La mode est depuis trente ans de parler du « rapprochement » des droits public et privé ; cf. par exemple R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, 1945 ; Ch. Eisenmann, *Droit public, droit privé*, R.D.P., 1952, p. 903 ; J. Brèthe de La Gressaye, *Droit administratif et droit privé*, in *Mél. Ripert*, op. cit., t. I, p. 304 ; J. Rivero, *Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ?* D., 1947, chr. XVIII, etc.

(96) On doit également rappeler ici la faculté qu'utilise parfois le juge administratif d'emprunter certains instruments de travail aux classifications du droit privé ; ainsi, par exemple, des catégories (cf. *supra*) ; cf. sur la question, R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », op. cit., p. 200, et surtout les remarques éclairées de G. Jeze : « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 348, dans lequel le savant auteur montre que « jusque dans les premières années du xx^e siècle, le droit administratif français s'inspirait des principes et des théories des civilistes ».

(97) C'est volontairement que sont écartées de l'étude les juridictions d'exception, telle la Cour de Sûreté de l'Etat, dont la jeunesse — à moins qu'il ne faille déjà écrire la précarité — ne permet pas de mesurer l'influence sur la jurisprudence administrative. Au demeurant, son institution même appartient au domaine des phénomènes politiques, et l'examen de l'influence des facteurs politiques sur la jurisprudence administrative est réservé pour un prochain chapitre (cf. *infra*, chapitre II de ce titre).

(98) Pour une présentation systématique de cette juridiction, voir les pages très documentées qu'y consacrent J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., t. II, n^{os} 497 à 518.

(99) Celle-ci a de nombreux rapports avec la procédure administrative contentieuse, en particulier avec celle qui est suivie devant le Conseil d'Etat (institution de Commissaires du Gouvernement, Rapporteur, etc.), même si, juridiquement, le Tribunal des Conflits n'est pas tenu d'appliquer les règles de la procédure civile, non plus que les principes généraux de procédure qui s'imposent aux juridictions administratives (T.C. 4 novembre 1880, D., 1880, 3, p. 121 ; ou T.C. 13 janvier 1958, *Alione Kane, Leb.*, p. 790) ; en effet, la procédure suivie devant la juridiction des conflits est fixée uniquement par le décret du 26 octobre 1849 et la loi du 4 février 1850, complétés, bien sûr, par sa propre jurisprudence.

(100) Cf. Introduction générale.

(101) Cf. Ordonnance des 1^{er} juin 1828, 2 février 1831 et 12 mars 1831.

D'autre part, le fait que le Tribunal des Conflits soit, dans la grande majorité des cas, saisi d'un conflit positif, et l'absence d'un mécanisme symétrique au bénéfice du juge judiciaire (102), ont pour résultat que l'intervention (103) de la juridiction des compétences tend généralement à préciser à la fois le contenu et la portée des règles du droit administratif (104). Finalement, le Tribunal des Conflits se présente plus comme un collaborateur du Conseil d'Etat dans la définition des règles du droit administratif (105), que comme un maître qui impose ses solutions. Et encore à ce titre, la portée de son intervention est-elle limitée par l'absence d'autorité absolue, dépassant le cadre de l'espèce, de la décision qu'il rend (106).

Plan de la Section. — Dans ces conditions, il paraît raisonnable de limiter l'enquête à l'influence, sur la jurisprudence administrative, des solutions de la Cour des Communautés européennes (§ 1^{er}), du Conseil Constitutionnel (§ 2) et, bien sûr, des juridictions de l'ordre judiciaire, principalement de celles de la Cour de Cassation (§ 3).

Difficultés et limites de l'étude. — Toutefois, avant d'entreprendre ce triple examen, il faut être conscient des limites qui sont nécessairement les siennes, et qui tiennent aux imprécisions et aux difficultés inhérentes à toute recherche d'influence.

Tout d'abord rien ne pourra être dit, systématiquement, sur le rôle des contacts personnels ; alors que les membres des juridictions administratives et judiciaires, principalement les membres des Cours Suprêmes des deux ordres de juridiction, ont fréquemment l'occasion de se rencontrer et, éventuellement, de confronter leurs expériences ; alors que, de la même façon, existe entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation un lien juridique important en le corps des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation (107) : plaidant alternativement devant l'une et l'autre juridiction,

(102) Cf. Durand, *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, 1956.

(103) Une intervention finalement limitée, quoique on ait, à plusieurs reprises proposé d'étendre la compétence du Tribunal des Conflits pour résoudre tous les autres cas de contradiction ; cf. en particulier, P. Durand : « Sur la légalité des arrêtés de taxes pris au profit des Comités d'organisation », 1949, pp. 81 et s. ; ou bien E. Langavant : « La collaboration entre les deux ordres de juridictions » (*Thèse*, Lille, 1954), pp. 263 et s. Et certaines juridictions ont même pu se tromper sur la portée exacte de ces propositions, pour y voir un mécanisme du droit positif, cf. Trib. Amiens, 16 juin 1949, *D.S.*, 1950, p. 20.

(104) Cf. Langavant : « Le Tribunal des Conflits et le conflit de jurisprudence », *A.J.D.A.*, 1956, I, p. 13 ; voir encore F. Luchaire : *L'évolution du conflit positif d'attributions* *R.D.P.*, 1946, p. 369 ; et les remarques faites in G. Vedel, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 148 à 150. Sur la portée de l'intervention du Tribunal des Conflits, voir D. Bardonnet : « Le Tribunal des Conflits, juge du fond » (*Th.* Paris, 1959). Et sur le décret du 25 juillet 1960, voir Auby, *A.J.D.A.*, 1961, p. 1.

(105) Cf. les très intéressantes conclusions auxquelles aboutit Hauriou sur cette question. Hauriou, *Droit administratif* (éd. n° 5, Sirey 1943), pp. 18 et 19.

(106) Cf. sur l'autorité relative de la décision rendue en matière de conflit positif les articles 36 à 39 du décret du 26 octobre 1849.

(107) Cf. J. de Lapanouse : « L'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation devant l'histoire », in *Liure jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 351 à 365 ; et, plus proche du droit positif, A. Morillot : « La collaboration de l'Ordre avec le Conseil d'Etat », *id. loc.*, pp. 367 à 373.

ceux-ci ont naturellement tendance à comparer les solutions, éventuellement à agir dans le sens de leur rapprochement ; alors que, enfin, plusieurs membres du Conseil Constitutionnel ont une expérience personnelle des activités et de la mission du Conseil d'Etat.

Or, il est évident — la remarque a déjà été faite pour ce qui est de l'influence de la doctrine — que l'importance et le rôle de ces contacts personnels échappent à toute tentative d'appréciation. Bornons-nous donc à en faire mention.

La seconde difficulté est plus particulière à la présente étude. Nous avons en effet à préciser la place des solutions d'autres juridictions parmi les sources matérielles de la jurisprudence administrative. Or bien souvent, il pourra paraître quelque peu artificiel de limiter ainsi la recherche alors que l'influence est généralement réciproque.

Enfin une dernière difficulté provient des caractères propres de la juridiction administrative, plus exactement de la nature de son intervention. Il se trouve en effet que, dans la très grande majorité des cas, le Conseil d'Etat est juge du droit *et dû fait* : « Le contact quotidien avec les faits... imprime à la jurisprudence du Conseil d'Etat, par rapport à celle de la Cour de Cassation, un caractère tout particulier » (108) ; cette particularité doit rester fidèlement présente à l'esprit lorsqu'on se préoccupe d'évaluer l'influence de ces données juridiques particulières que constituent les solutions adoptées par d'autres juridictions, pour l'élaboration du droit administratif jurisprudentiel.

§ 1^{er}. — *L'influence de la Cour de justice des Communautés européennes sur la jurisprudence administrative*

La Cour de justice et ses rapports avec le juge interne. — La Cour de Justice a été créée par le Traité instituant la Communauté Economique du Charbon et de l'Acier (C.E.C.A.), et elle est entrée en fonctions en décembre 1952 (109). Lors de l'entrée en vigueur des Traités des Communautés Economiques Européennes (C.E.E.) et de l'Energie Atomique (C.E.E.A.), chacun de ces Traités prévoyant la mise en place d'une Cour de Justice, une convention annexe décida de la création d'une Cour de Justice commune aux trois Communautés ; cette dernière a commencé à fonctionner le 7 octobre 1958 (110).

(108) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 257, note 310 ; et l'auteur explique comment « en nombre de cas, les problèmes de légalité sont liés à des questions de fait », pour conclure : « La jurisprudence du Conseil d'Etat se trouve ainsi incessamment vivifiée par une exploration profonde et générale des données les plus concrètes du droit. » (*ibid.*).

(109) Cf. Delvaux, *La Cour de Justice de la C.E.C.A.*, 1956 ; Van Houte, *La Cour de Justice de la C.E.C.A.*, La Haye, 1956.

(110) Du point de vue de la procédure suivie devant la Cour, il est intéressant de noter l'institution sous le nom d'Avocats généraux, de deux Commissaires du Gouvernement ayant des fonctions tout à fait semblables à celles des Commissaires du Gouvernement au contentieux des juridictions administratives françaises ; cf. Van Reepingen et Oriane, *La procédure devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, 1961.

La mission de la Cour est complexe, si elle se ramène dans tous les cas à veiller au « respect du Traité dans l'interprétation et l'application du présent Traité » (111) ; ainsi la Cour de Justice a-t-elle à veiller directement au respect et à l'exacte application du Traité par les organes communautaires d'abord (112), par les Etats membres ensuite (113). S'agissant au contraire des personnes physiques ou morales, le respect des dispositions du Traité est en général, de façon immédiate, assuré par les juridictions internes de chaque Etat, puisque les traités, régulièrement ratifiés, se sont incorporés à l'ordre juridique interne de chacun des Etats membres (114).

Le mécanisme de l'article 177 du Traité C.E.E. — Toutefois, dans ce dernier cas, les traités communautaires ont prévu un mécanisme de recours préjudiciel permettant au juge national de saisir la Cour de Justice, lorsqu'au cours d'un procès est soulevée une question de validité ou d'interprétation d'une disposition du droit communautaire ; ceci en vertu des articles 177 du Traité C.E.E. et 150 du Traité C.E.E.A. d'une part, de l'article 41 du Traité C.E.C.A. d'autre part.

L'objet de la procédure organisée par ces textes n'est pas homogène ; une partie du texte concerne l'interprétation des Traités, tandis que l'autre partie, moins souvent appliquée, a trait à l'examen de la validité des actes pris par les institutions de la Communauté (115). Du point de vue qui est le nôtre, l'examen doit se limiter à la question de l'interprétation (116).

D'autre part, l'article 177 du Traité de Rome prévoit en réalité deux catégories de questions préjudicielles : facultatives pour les juridictions du fond ; obligatoires pour les organes juridictionnels suprêmes, c'est-à-dire, en France, la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits dont les décisions sont sans recours (117).

(111) Articles 31 Traité C.E.C.A., 164 Traité C.E.E., 136 Traité C.E.E.A.

(112) A noter ici la mise en place d'un contrôle de légalité assuré par un recours en annulation emprunté au recours pour excès de pouvoir du contentieux administratif français ; cf. Fromont : « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés », *Rev. trim., droit européen*, 1966, p. 47 ; ou, antérieurement à l'institution d'une Cour de Justice unique, L'Huillier : « Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la C.E.C.A. », *D.* 1953, chr. p. 63 ; voir encore Néri : « Le recours en annulation dans les Communautés européennes », *Rev. du Marché commun*, 1967, p. 452.

(113) Cette seconde procédure n'existait pas dans le Traité de la C.E.C.A. dans lequel l'article 88 confie à la Haute Autorité le soin de constater et de sanctionner le manquement d'un Etat membre. Cf. sur la question dans son ensemble, Cahier : « Le recours en constatation de manquements des Etats membres devant la Cour des Communautés » ; Kovar : « Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les Etats membres », *A.F.D.I.*, 1966, p. 509.

(114) Cf. R. Garron : « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », *Rev. trim. de droit européen*, 1969, p. 28.

(115) Cf. F. Ch. Jeantet : « Originalité de la procédure d'interprétation du Traité de Rome », *J.C.P.*, 1966, I, 1987.

(116) Le recours en interprétation qui existe en vertu des articles 177 et 150 des Traités C.E.E. et C.E.E.A. n'est pas prévu par l'article 41 du Traité C.E.C.A. Cependant, en faveur d'une assimilation, au moins partielle, de ce dernier texte aux premiers, cf. les conclusions de l'Avocat général Lagrange sous l'arrêt du 12 mai 1964, aff. 101/63, *R.C.J.C.*, X, 388.

(117) Cl. Beer : « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *J.C.P.*, 1967, I, 2060.

L'article 177 du Traité C.E.E. et l'influence de la Cour de Justice sur la jurisprudence administrative. — Ce mécanisme domine toute la question des rapports entre le juge européen et le juge administratif français ; l'article 177 (118) réalise théoriquement une sorte d'institutionnalisation de l'influence de la Cour des Communautés sur certaines des solutions du juge administratif.

Car, d'une façon générale, cette influence peut se manifester de deux façons.

Il est tout d'abord loisible au juge administratif français de se référer, dans la recherche d'une solution jurisprudentielle, à l'esprit, ou même aux termes d'une décision du juge de Luxembourg. Comme le soulignait récemment M. R. Lecourt, Président de la Cour de Justice des Communautés : « il est important que tous les pays participent à l'élaboration de la jurisprudence communautaire, en introduisant dans leurs jugements des motifs tirés des arrêts de la Cour de Justice » (119). Mais force est de reconnaître qu'il y a là surtout un vœu pieux ; et que si certaines décisions de justice sont ainsi motivées en Allemagne ou dans les pays du Benelux (120), l'Italie et la France marquent en ce domaine un moins grand enthousiasme (121) ; en particulier, le juge administratif français ne semble pas, à ce jour, s'être engagé sur cette voie (122). On doit cependant mentionner ici la référence expresse que le Commissaire du Gouvernement Michel Bernard, dans ses conclusions dans une affaire assez récente (123), fait à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés, spécialement à l'arrêt bien connu, « Société da Costa et autres » du 27 mars 1963 (124).

Toutefois, d'une façon générale, il semble que le juge administratif français reste quelque peu réservé ; et en tous les cas, il n'a jamais, à ce jour, reproduit littéralement, dans une décision, les motifs des arrêts de la Cour de Justice des Communautés. Dès lors l'influence — si influence il y a — devient bien difficile à révéler.

(118) Voir, en général, A. Pépy : « Essai d'une vue d'ensemble sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome », *D.*, 1964, chr. p. 11 ; Chevallier : « Commentaire de l'article 177 du Traité C.E.E. à l'usage des juges et des justiciables français » (*Th.* Paris, 1964, dactylographiée) ; Batailler : *Le juge interne et le droit communautaire*, *A.F.D.I.*, 1963, p. 735.

(119) R. Lecourt, in *30 jours d'Europe* (Communauté européenne), n° 148, p. 36.

(120) Cf. *30 jours d'Europe* (Communauté européenne), numéro de novembre 1970, p. 36.

(121) Batailler : « *Le juge interne et le droit communautaire* », *A.F.D.I.*, 1963, p. 735.

(122) Les arrêts en général cités (C.E. 22 décembre 1961, S.N.C.F., *Leb.*, p. 378, concl. Combarrous, et C.E. 1^{er} mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, *A.J.D.A.*, 1968, p. 235, avec les conclusions de M^{me} Questiaux) concernent d'abord la question de l'application des normes communautaires par le juge national et de leur autorité par rapport au normes internes, et incidemment seulement le problème de la reprise de la jurisprudence de la Cour de Justice par la juridiction administrative française. Cf. aussi P. de Lapradelle, *E.D.C.E.*, 1962, pp. 13 et s., en particulier p. 29.

(123) C.E. Syndicat national des importateurs français en produits laitiers et avicoles, *R.D.P.*, 1967, p. 781, concl. Michel Bernard ; au regard de notre étude, ces conclusions réussissent le tour de force de justifier l'amenuisement du mécanisme d'influence automatique de la Cour de Justice prévu par l'article 177, en invoquant précisément la jurisprudence de cette juridiction communautaire. Le Conseil d'Etat a, à nouveau, illustré cette double solution dans un arrêt C.E. 10 février 1967, S.A. des Etablissements Petitjean et autres, *Rev. trim. de droit européen*, 1967, p. 685, concl. M^{me} Questiaux.

(124) C.J.C., Sté Da Costa et autres, 27 mars 1963, *D.*, 1963, p. 641.

En revanche, le mécanisme mis en place par l'article 177 du Traité de Rome se prête beaucoup mieux à l'analyse (125) ; et l'on peut admettre que, dans le cadre des rapports entre la Cour de Luxembourg et l'Assemblée du Palais-Royal, il constitue une indication précise sur la part que prennent les solutions de la Cour de Communautés dans l'élaboration du droit administratif jurisprudentiel français.

L'interprétation de l'article 177 du Traité C.E.E. par le Conseil d'Etat. — Or il faut bien admettre que, globalement, le Conseil d'Etat n'a pas manifesté, à l'égard de ce mécanisme d'interprétation uniforme des textes communautaires, un enthousiasme excessif. Au contraire la Haute Assemblée d'une part a limité la portée du mécanisme de l'article 177, d'autre part, en a fait un usage très modéré.

A lire en effet le texte de l'article 177, on constate que le renvoi est *obligatoire* pour toutes les juridictions suprêmes dès lors que se pose une question d'interprétation des Traités. La Cour de Justice l'a rappelé vigoureusement dans l'arrêt Société Da Costa (126) : « l'article 177, dernier alinéa, oblige, sans aucune restriction, les juridictions nationales à soumettre à la Cour toute question d'interprétation soulevée devant elles » (127). Toutefois la rigueur même de cette solution ne pouvait s'accommoder des faits : elle posait implicitement, sans la résoudre, la redoutable question de savoir où finit l'application d'un texte et où commence son interprétation. Aussi bien, le Conseil d'Etat a-t-il nuancé la formule trop absolue de l'article 177 par un appel à la théorie dite « de l'acte clair », déjà employée dans la répartition des compétences juridictionnelles dans l'ordre interne (128). Dans ces conditions, il ne suffit pas que les

(125) Le mécanisme européen est sans doute inspiré du système italien, dans lequel toutes les juridictions peuvent former un recours devant la Cour constitutionnelle pour l'interprétation de la loi fondamentale. Cf. V. Crisafulli : « Le système du contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », *R.D.P.*, 1968, pp. 83 et s., en particulier pp. 102 et s.

(126) C.J.C., Sté Da Costa et autres, 27 mars 1963, *D.*, 1963, p. 641.

(127) Sur la question délicate et controversée de l'autorité des décisions de la Cour de Justice statuant sur renvoi pour interprétation, la réponse est certainement complexe. Pour certains, l'arrêt de la Cour n'a qu'une autorité relative, limitée au litige qui en a été l'occasion. En ce sens, Bolona Kelly : « Le Conseil d'Etat et les Traités de Paris et de Rome » (*Th.*, Paris, 1969, dactylographiée), p. 139 ; Lagrange, concl. sous l'arrêt C.J.C., Sté Da Costa et autres, 27 mars 1963, *D.*, 1963, p. 641 ; également deux arrêts, C.J.C. 18 février 1964, Rotterdam, *R.C.J.C.* X, 25, et C.J.C. 2 juin 1964, Dingemans, *ibid.*, X, 1261, dans lesquels la Cour de Justice a déclaré recevable une demande en interprétation identique à une demande précédente sur laquelle elle avait déjà statué (en l'espèce dans l'arrêt Van Gend en Loos, *ibid.*, 1963, pp. 1 et s.). D'autres considérations conduiraient à affirmer au contraire l'autorité absolue de l'arrêt, la réponse faisant corps avec la disposition dont l'interprétation était demandée. En ce sens, F. Ch. Jeantet, *J.C.P.*, 1966, I, 1987, précité, et T.G.I., Strasbourg, 3 juin 1965. On fait valoir également le fait que les demandes d'interprétation doivent être rédigées en termes généraux et abstraits. Enfin, on note que la Cour de Justice a décidé que, dans l'hypothèse d'une question identique, le renvoi préjudiciel n'est plus obligatoire pour aucune juridiction, car « l'autorité de l'interprétation donnée par elle, en vertu de l'article 177 peut priver cette obligation de cause et la vider de son contenu » (arrêt Sté Da Costa et autres, précité). La discussion gagnerait d'ailleurs à quitter l'exégèse des textes et des arrêts déjà rendus pour indiquer la solution la meilleure en considération à la fois de l'uniformité nécessaire d'interprétation et du danger qu'il y aurait à prétendre figer une solution de droit, si la réalité change ; et, en l'espèce, les traités communautaires ont d'abord un objet économique, donc éminemment changeant.

(128) Cf. Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., t. I, n° 34, et t. II, n° 804.

parties prétendent qu'une question d'interprétation se pose pour que le juge voie là une question préjudicielle (129) ; pour qu'il en aille ainsi, il faut encore que le juge lui-même estime que le texte applicable comporte une difficulté d'interprétation (130).

Et à l'intérieur de ce mécanisme dont il avait ainsi limité la signification, le Conseil d'Etat a eu parfois tendance à affirmer la clarté des dispositions des Traités, là où d'autres voyaient cependant matière à difficulté d'interprétation (131).

Telle a été la portée du célèbre arrêt *Shell-Berre* (132) qui, posant le principe de l'application de la théorie de l'acte clair (133) comme « correctif » du mécanisme de l'article 177, en fait aussitôt application en affirmant la « clarté » de l'article 37 du Traité C.E.E. (134).

La non-application primitive de l'article 177. — Dès lors le mécanisme procédural, prévu par les auteurs des Traités communautaires, ne pouvait avoir qu'un rôle très limité, du moins en ce qu'il devait canaliser l'influence de la Cour de Justice sur la jurisprudence administrative française. En effet, peut-être parce que la rigueur même et l'automatisme de l'article 177 heurtaient les méthodes traditionnelles de construction jurisprudentielle de la Haute Assemblée, celle-ci, pendant plusieurs années, n'en a pas fait application (135), mais s'en est tenue au contraire à la doctrine négative de l'arrêt *Shell-Berre* (136).

Ainsi, en 1967, la Haute Assemblée a estimé que les dispositions du Traité de Rome relatives aux restrictions quantitatives à l'importation étaient suffisamment claires pour que soit écartée la demande d'interprétation par la Cour des Communautés que souhaitaient cependant les requérants (137).

(129) Mais en revanche il y a là une condition nécessaire à la saisine de la Cour de Justice. Cf. le dernier alinéa de l'article 177 C.E.E. : « Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale... » pour une illustration (d'ailleurs négative), cf. les conclusions du Commissaire du Gouvernement Kahn dans C.E. Ass. 12 décembre 1969, sieur de Talleyrand-Périgord, *A.J.D.A.*, 1970, p. 38.

(130) Sur les avantages et les inconvénients de l'utilisation de la théorie de l'acte clair en droit européen, cf. Cl. Beer : « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *J.C.P.*, 1967, I, 2060.

(131) Cf. en particulier C.-A. Colliard : « L'obscurité de l'article 37 du Traité de la C.E.E. », *D.*, 1964, chr. p. 37.

(132) C.E. Ass. 19 juin 1964, Sté des Pétroles *Shell-Berre* et autres, *A.J.D.A.*, 1964, p. 438, note de Laubadère ; *R.D.P.*, 1964, p. 1019, concl. M^{me} Questiaux.

(133) Sur le mécanisme de l'acte clair et son application à l'article 177 C.E.E., il est indispensable de relire les conclusions de M^{me} Questiaux dans l'arrêt *Shell-Berre* précité, d'autant que le Conseil d'Etat a suivi presque totalement les conclusions de son Commissaire du Gouvernement.

(134) Pourtant, l'année suivante, la Cour de Justice devait affirmer la nécessité d'une interprétation uniforme des dispositions complexes du chapitre 2 du Traité C.E.E. (*Albatros c/ Sopeco*, 4 février 1965, *R.C.J.C.*, XI, 3) ; cf. les observations de W. Alexander sous cette dernière décision, in *Cahiers de droit européen*, 1965, p. 47.

(135) Cf., pour un exposé complet de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur ce point, Bolona Kelly : « Le Conseil d'Etat français et les Traités de Paris et de Rome », *Thèse*, Paris, 1969, dactylographiée, pp. 142 et s.

(136) C.E. Ass. 19 juin 1964, Sté des Pétroles *Shell-Berre* et autres, *A.J.D.A.*, 1964, p. 438, précité.

(137) C.E. 27 janvier 1967, Syndicat national des Importateurs français, *A.J.D.A.*, 1967, p. 284 ; *R.D.P.*, 1967, p. 781, concl. Michel Bernard ; le Commissaire du Gouvernement y rappelle les principes dégagés dans l'arrêt *Shell-Berre* : « La Cour de justice est compétente pour interpréter les articles du Traité... mais vous n'êtes tenus de lui demander une interprétation que si elle soulève une difficulté sérieuse... »

Un mois plus tard, un nouvel arrêt (138) confirme cette jurisprudence en refusant de saisir la Cour des Communautés pour l'interprétation des articles 91 et 92 du Traité C.E.E. (139) ; la nouveauté consiste cependant en ce que le Conseil d'Etat se réfère, sur un des points litigieux, à une interprétation de ces textes déjà donnée par la Cour des Communautés dans une décision 6.64 du 15 juillet 1964 (140). Ainsi, tout en écartant le renvoi pour interprétation, la Haute Assemblée adopte l'interprétation, précédemment donnée du même texte, par la Cour des Communautés. Finalement, il y a bien là, en réalité, adoption par le Conseil d'Etat d'une décision de la Cour de Justice dans la définition de la solution qu'il adopte : en l'espèce, la décision de la Cour des Communautés a été à l'origine de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Toujours durant l'année 1967, la Haute Assemblée fut encore invitée à user du mécanisme mis en place par l'article 177 du Traité C.E.E. ; et de la même façon, elle refusa de le faire (141), conformément aux conclusions de son Commissaire du Gouvernement (142) qui « affirmait, sans craindre de critiques, que la portée (du texte) sur les questions qui intéressent le présent litige est parfaitement claire » (143).

A cette date, le Conseil d'Etat français n'avait jamais eu recours au mécanisme de l'article 177 ; cela n'allait pas sans alimenter les inquiétudes d'une partie de la doctrine, et les regrets des membres de la juridiction européenne.

L'utilisation par le Conseil d'Etat de l'article 177 du Traité C.E.E. — Cependant la présentation d'un Conseil d'Etat « anti-européen » à laquelle certains s'abandonnaient était sans doute par trop systématique, et ne semble pas avoir jamais correspondu à la réalité.

Le recours à la théorie « de l'acte clair », qui permet seule le partage entre question préalable et question préjudicielle, est conforme non seulement au droit interne français, mais aussi aux droits nationaux des Etats membres de la Communauté européenne ; surtout il répondait en ce domaine à une nécessité pratique.

Si, d'autre part, le Conseil d'Etat n'avait jamais, à l'intérieur de ce cadre, usé de la procédure de l'article 177, il convient, avant de s'en étonner et de le regretter, de noter que le juge, à la différence du législateur, est soumis à l'événement et ne peut intervenir qu'à l'occasion des espèces qu'on lui soumet ; surtout, au-delà des

(138) C.E. 10 février 1967, S.A. des Etablissements Petitjean et autres, A.J. D.A., 1967, p. 284 ; *Rev. trim. de droit européen*, 1967, p. 685, concl. M^{me} Questiaux.

(139) M^{me} Questiaux, Commissaire du Gouvernement, avait cependant invité le Conseil d'Etat à saisir la Cour de Justice sur un point particulier, l'invitant pour le reste à adopter directement l'interprétation déjà donnée par la Cour. Le Conseil n'a suivi son Commissaire du Gouvernement que sur le second point.

(140) C.J.C. 15 juillet 1964, Costa-Enel, R.C.J.C., 1964, p. 1149.

(141) C.E. 15 février 1967, Comité national de la Meunerie d'exportation et autres, A.J.D.A., 1967, p. 287 ; *Rev. trim. droit européen*, 1967, n° 2, p. 404, concl. Braibant.

(142) Il s'agissait à vrai dire d'interpréter non pas une disposition d'un des traités communautaires, mais un règlement de la Commission de la C.E.E. du 25 juillet 1962.

(143) Concl. Braibant précitées, *Rev. trim. de droit européen*, 1967, p. 405.

termes, il faut remarquer que la Haute Assemblée se montrait en fait de plus en plus attentive à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, à laquelle les Commissaires du Gouvernement se référaient largement (144).

Enfin, par de petites phrases incidentes, comme échappées, le Conseil d'Etat avait déjà laissé entendre qu'il n'était pas systématiquement hostile au renvoi pour interprétation à la Cour de Justice. Ainsi, dans une affaire récente (145), le Commissaire du Gouvernement Kahn regrettait que l'espèce ne permît point la mise en jeu du mécanisme de l'article 177 : « ... C'est bien dommage pour la beauté de votre décision, car de telles conclusions... vous eussent probablement conduit à faire le geste qu'attendent de vous les juristes de Luxembourg, c'est-à-dire à renvoyer à la Cour de Justice des Communautés européennes l'interprétation d'une disposition du Traité de Rome » (146).

Et surtout la décision toute récente « Synacomex » (147) est apparue comme « un nouveau progrès de la concertation européenne dans le domaine juridique » (148). Saisi par le Syndicat « Synacomex » d'un recours contre une décision de l'O.N.I.C., fixant certaines règles pour autoriser l'intervention sur le marché des céréales des personnes qui n'auraient pas la qualité de collecteurs agréés, le Conseil d'Etat a, par cette décision, décidé qu'il ne pouvait statuer sur le problème ainsi soulevé tant que la Cour de Justice de la Communauté n'aurait pas interprété certaines dispositions du règlement de la Commission Européenne.

Cette décision manifeste l'attention croissante de la juridiction administrative française à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg ; spécialement elle est la première utilisation directe par le Conseil d'Etat du mécanisme de l'article 177 du Traité C.E.E., qui fait de l'interprétation donnée par la Cour des textes communautaires une des sources matérielles de la jurisprudence du Conseil d'Etat en ces matières.

Conclusion sur ce point. — Pour conclure sur ce point, il n'est pas inutile de noter que la part prise par la jurisprudence de la Cour des Communautés dans l'origine du droit administratif jurisprudentiel français, est évidemment dans la dépendance étroite des possibilités d'intervention du droit communautaire, et finalement de la construction européenne.

En tous les cas, à l'heure actuelle, il reste certainement place pour une harmonisation directe des droits nationaux des Etats membres. Il y aurait là une enquête vaste et passionnante à mener à bien, qui montrerait quelle peut être aujourd'hui l'influence des solutions juridiques adoptées en d'autres pays sur le contenu des règles jurisprudentielles du droit administratif français.

(144) Cf. *supra*, p. 170.

(145) C.E. Ass. 12 décembre 1969, sieur de Talleyrand-Périgord, *A.J.D.A.*, 1970, p. 38, concl. Kahn.

(146) Concl. Kahn précitées, *A.J.D.A.*, 1970, p. 38.

(147) C.E. 10 juillet 1970, Syndicat national du Commerce extérieur des céréales (Synacomex) et autres, *A.J.D.A.*, 1970, p. 500, et observations, *eod. loc.*, p. 485.

(148) *Trente jours d'Europe (Communauté européenne)*, novembre 1970, p. 36.

Confessons tout de suite que pour notre part, sans ignorer la question, nous manquons pour la résoudre, et les lumières du comparatiste, et... la place ; ce n'est donc qu'à titre d'indication qu'on mentionnera la réunion à Paris, au mois d'octobre 1970, des représentants des juridictions administratives des Six, pour examiner les problèmes que pose au juge administratif le contrôle de l'intervention économique de l'Etat ; réunion dont un commentateur écrivait qu'« elle aura favorisé la réflexion et, éventuellement, les évolutions jurisprudentielles à l'intérieur de chacun des systèmes nationaux » (149).

§ 2. — *L'influence du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence administrative*

Les données de l'étude. — Là encore, cette étude doit se comprendre à la lumière de la définition qui a été donnée du juge administratif (150) ; pour les raisons qui ont été indiquées, il nous est apparu difficile de considérer le Conseil Constitutionnel d'abord et essentiellement comme un juge administratif, en dépit de la place que peut parfois revêtir son intervention dans le domaine du contentieux administratif.

Mais si l'on cherche à évaluer la part qui revient à la juridiction constitutionnelle dans l'origine matérielle des règles de droit créées par le Conseil d'Etat, les difficultés viennent principalement du fait que le Conseil Constitutionnel est une création relativement récente ; le cadre chronologique de l'enquête dépasse à peine les dix années, ce qui est fort peu lorsque l'on prétend rendre compte de mécanismes d'influence : le risque est grand de prendre l'exception pour la norme.

La recherche doit être dominée par la considération que le Conseil Constitutionnel a, dès le début, largement calqué ses méthodes sur celles du Conseil d'Etat. Du point de vue des méthodes de travail, cette ressemblance était prévisible (151). Sur 17 personnalités désignées pour siéger au Conseil Constitutionnel de 1959 à 1965, six étaient d'anciens membres du Conseil d'Etat (152), et l'un d'eux a même présidé le Conseil Constitutionnel durant cette période ; le poste de Secrétaire Général du Conseil Constitutionnel est allé dès le début à un maître des requêtes au Conseil d'Etat (153) ; d'autres membres de cette dernière Assemblée collaborent régulièrement

(149) *Le Monde*, 16 octobre 1970.

(150) Cf. Introduction générale. Voir aussi les différents rapports faits au Colloque de Heidelberg, en 1961, sur « la juridiction constitutionnelle à l'époque contemporaine » (Köln, Berlin, 1962).

(151) Tandis que, du point de vue de la procédure suivie devant lui, il se rapproche plutôt du Tribunal des Conflits. Cf. L. Favoreu : « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *R.D.P.*, 1967, pp. 5 et s., spécialement pp. 103 et s. ; cf. encore J. Groux, *La Documentation française N.E.E.D.*, n° 2908 du 28 juillet 1962, qui traite surtout du fonctionnement du contrôle du Conseil constitutionnel.

(152) MM. Léon Noël, Delépine, Cassin, Pompidou, Chenot et Deschamps.

(153) Successivement M. Boitreaud jusqu'en 1962, puis M. de Lamotte-Dreuzy, etc.

avec lui (154). Ainsi à la cohabitation (le Conseil Constitutionnel s'est installé au Palais-Royal, aux côtés du Conseil d'Etat), s'ajoute une certaine communauté de personnel (155). Cet emprunt aux méthodes du Conseil d'Etat, qui était ainsi bien prévisible, s'est manifesté tant par la juridictionnalisation croissante de la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel (156), que par le mode de rédaction des décisions de cette juridiction (157).

Des deux Assemblées du Palais-Royal, c'est certainement — et il ne pouvait pas en être autrement — le Conseil d'Etat qui a imposé son expérience et ses pratiques à la juridiction constitutionnelle (158).

Toutefois, dans le cadre de la présente étude, c'est l'examen inverse qui nous intéresse ; celui de la part qui revient aux décisions du Conseil Constitutionnel parmi les sources matérielles de la jurisprudence administrative. Et dès maintenant, on peut prévoir que le bilan sera assez peu positif.

L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel. — D'une façon générale, en effet, tout en reconnaissant le rôle du Conseil Constitutionnel, et, à l'occasion, en le garantissant (159), le Conseil d'Etat continue à faire preuve dans la définition de sa jurisprudence d'une indépendance affirmée.

Pourtant la mission propre du Conseil Constitutionnel, sa position dans l'ordre juridique interne, devraient *a priori* jouer dans le sens de la reconnaissance de l'autorité particulière de ses décisions. Certains lui reconnaissent même une « sorte de souveraineté », puisqu'il est lié seulement par le constituant primaire, mais avec, sur celui-ci, la supériorité de pouvoir évoluer, car son œuvre n'est

(154) En plus des rapporteurs nommés auprès du Conseil constitutionnel, statuant comme juge électoral, qui sont choisis parmi les membres du Conseil d'Etat ou de la Cour des Comptes.

(155) Cf., sur l'ensemble de la question, L. Favoreu : « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *op. cit.*, pp. 110 et s.

(156) ... Alors que les textes laissaient le Conseil constitutionnel à peu près libre de fixer comme il l'entendait les règles de procédure qu'il suivrait.

(157) L. Favoreu, *op. cit.*, pp. 112 et 113, fait à ce sujet de très pertinentes remarques : l'emploi par le Conseil constitutionnel du terme « considérant » ; l'utilisation de la formule « en ce qui concerne » ; et surtout l'adoption de la technique de la motivation brève par des formules concises, parfois même elliptiques, qui a beaucoup surpris les premiers commentateurs des décisions du Conseil constitutionnel : ceci d'autant plus qu'il n'y a rien d'analogue devant le Conseil constitutionnel aux conclusions du Commissaire du Gouvernement qui accompagnent les décisions du Conseil d'Etat. Cf. encore, à ce sujet, les remarques d'A.-G. Cohen : « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *R.D.P.*, 1963, en particulier pp. 745 et s.

(158) Voir encore à ce sujet F. Batailler : « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel », *Thèse* précitée, surtout la partie III, dans laquelle l'auteur analyse les méthodes traditionnelles du Conseil d'Etat lorsqu'il est juge constitutionnel ; on constate aisément que ce sont ces méthodes dont le Conseil constitutionnel lui a fait, dès l'origine, l'emprunt. Ou encore J. Clavière-Scièle : « Les techniques juridictionnelles du Conseil constitutionnel », *Mém. D.E.S. Droit public*, Paris, 1960, 121 pages dactylographiées.

(159) Le Conseil d'Etat a ainsi rappelé le caractère obligatoire de la consultation du Conseil constitutionnel en cas de modification réglementaire d'un texte en forme législative : C.E. Ass. 13 juillet 1962, Conseil national de l'Ordre des Médecins, *R.D.P.*, 1962, p. 739, concl. Braibant ; ou C.E. Ass. 27 février 1970, Dautan, *A.J.D.A.*, 1970, p. 356.

pas achevée » (160). Le texte constitutionnel lui-même a d'ailleurs affirmé cette particulière autorité : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (161).

En dépit de la clarté des termes employés (162), le Conseil d'Etat a eu quelque peu tendance à considérer que ce texte affirmait moins l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel à son égard qu'à l'égard du Parlement (163).

L'évolution s'est faite d'une façon qui n'est pas sans rapport avec celle qui a été retracée à propos de l'influence de la Cour des Communautés sur la juridiction administrative française : le Conseil d'Etat a, d'une part, limité la portée juridique de l'intervention du Conseil Constitutionnel ; d'autre part, à l'intérieur même de ce cadre, il a manifesté une réceptivité limitée à l'égard des solutions de la juridiction constitutionnelle.

S'agissant en premier lieu de l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel (164), le Conseil d'Etat, tout en leur reconnaissant l'autorité de la chose jugée, a limité celle-ci par le principe de relativité, selon lequel la chose jugée n'est acquise que pour le litige même qui fait l'objet de la décision.

La question, sur laquelle — il faut le noter — la Haute Assemblée n'a d'ailleurs pas eu à se prononcer expressément a été parfaitement posée dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Baudouin dans un arrêt récent (165). En effet, au cours de l'instruction qui a précédé cet arrêt, le Gouvernement a fait valoir que le Conseil Constitutionnel avait définitivement tranché la question de principe qui se posait, dans une décision du 27 février 1967 (166), et que, dès lors, en vertu de l'article 62 de la Constitution, cette solution s'imposait au Conseil d'Etat ; c'était affirmer que le Conseil Constitutionnel, en tant qu'interprète de la Constitution, était investi d'un pouvoir normatif qui lui permettait de créer « une règle de droit objective qui, conformément à l'article 62 de la Constitution, s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (167).

Le Commissaire du Gouvernement a écarté cette thèse : d'après lui il n'y a pas de place, dans notre système constitutionnel, pour un organisme qui ne se rattacherait ni au législatif, ni à l'exécutif,

(160) R. Chapus, *Cours de Droit constitutionnel*, Paris, 1968-1969, Les Cours de Droit, polycopié, pp. 256 et s.

(161) Art. 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; comp. art. 134 et s. Constitution italienne du 27 décembre 1947.

(162) Et le Conseil constitutionnel a lui-même rappelé l'autorité particulière de ses décisions ; cf. par exemple décision n° 62-18/L. du 16 janvier 1962.

(163) Et il faut reconnaître que l'institution même d'un contrôle de constitutionnalité des lois semblait d'abord contredire la souveraineté du Parlement.

(164) Du moins des décisions rendues par celui-ci sur l'application de la Constitution, et notamment sur la distinction du domaine législatif et du domaine réglementaire.

(165) C.E. Ass. 12 décembre 1969, Conseil national de l'Ordre des Pharmaciens, *A.J.D.A.*, 1970, p. 103, concl. Baudouin.

(166) C. const. 27 février 1967, *J.O.*, mars 1967, p. 2673.

(167) Observations du Gouvernement lors de l'instruction de l'affaire précitée, rapportées dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Baudouin, *A.J.D.A.*, 1970, p. 105.

ni au judiciaire ; et le Conseil Constitutionnel ne pouvant appartenir ni à la première catégorie, ni à la seconde, c'est naturellement d'une juridiction qu'il s'agit ; dès lors, la portée de ses décisions doit être limitée par le jeu du principe de relativité de la chose jugée.

A vrai dire le Conseil d'Etat n'a pas eu directement à arbitrer la question, car, comme l'écrit élégamment le Commissaire du Gouvernement Baudouin, « par une de ces ironies contentieuses dont Thémis a parfois le secret, cette théorie constitutionnelle aventureuse (celle du Gouvernement), à l'image d'un piège à retardement, s'est finalement retournée contre ses promoteurs » (168). En effet, statuant à nouveau sur la même question de principe le Conseil Constitutionnel venait, à la veille du prononcé de l'arrêt, d'abandonner sa jurisprudence antérieure, et d'adopter une solution défavorable au Gouvernement (169).

Toutefois, on peut penser que la position de principe définie par le Commissaire du Gouvernement Baudouin correspond assez au sentiment général du Conseil d'Etat sur ce point.

Mesure de l'influence des décisions du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence administrative. — L'exemple qui vient d'être mentionné conduit naturellement à examiner, à l'intérieur même de ce mécanisme, l'influence éventuelle des décisions du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Disons tout de suite que celle-ci est, en l'état actuel, assez limitée ; aussi bien citerons-nous surtout des exemples négatifs, correspondant à des cas dans lesquels le Conseil d'Etat a précisément refusé de reprendre une solution précédemment adoptée par le Conseil Constitutionnel.

Ainsi la question de savoir qui du Gouvernement ou du Parlement est constitutionnellement compétent pour modifier des dispositions réglementaires assorties de sanctions correctionnelles, a été presque simultanément soumise au Conseil Constitutionnel et au Conseil d'Etat, qui y ont répondu de façon contradictoire ; pour le Conseil d'Etat, la modification d'une telle réglementation ressortit à la compétence du législateur, puisqu'elle correspond à la définition de l'élément constitutif de l'infraction (170). Le Conseil Constitutionnel, au contraire, maintenait, dans de telles hypothèses, la compétence de l'autorité réglementaire (171). On peut penser que cette dernière Assemblée statuant quelque quinze jours après que le Conseil d'Etat se soit lui-même prononcé, n'avait pas eu à cette date connaissance de la position de la Haute Assemblée sur ce point.

Ainsi s'expliquerait que, deux années plus tard, le Conseil Constitutionnel, abandonnant la solution qu'il avait d'abord posée, se range à celle qu'avait adoptée le Conseil d'Etat (172).

(168) Concl. Baudouin précitées, *A.J.D.A.*, 1970, p. 106.

(169) C. const. 26 juin 1969, *A.J.D.A.*, 1969, p. 563.

(170) C.E. Ass. 3 février 1967, Confédération générale des Vignerons du Midi et Fédération nationale des Producteurs de vin de consommation courante, *A.J.D.A.*, 1967, p. 164, concl. Galmot.

(171) C. const. 27 février 1967, *J.O.*, mars 1967, p. 2673.

(172) C. const. 26 juin 1969, *A.J.D.A.*, 1969, p. 563.

Du point de vue qui nous intéresse, cette « décision unificatrice » (173) signifiait que dans cette petite lutte juridique, la position du Conseil d'Etat l'emportait finalement ; et qu'ainsi ce dernier, loin de subir l'influence du Conseil Constitutionnel, lui avait au contraire imposé la sienne. La juridiction administrative prenait d'ailleurs discrètement acte de cette « victoire » (174).

De la même façon, les conclusions du Commissaire du Gouvernement Fournier dans l'affaire Karle (175) manifestent cette liberté que le Conseil d'Etat entend garder à l'égard des décisions du Conseil Constitutionnel, lorsque celles-ci ne lui semblent pas conformes à sa propre jurisprudence. Le Commissaire du Gouvernement Fournier lit en effet dans une décision du Conseil Constitutionnel du 27 novembre 1959 (176) une définition très restrictive du domaine de la loi, et il en entreprend la critique, pour inviter finalement ses collègues à ne pas la retenir (177).

L'échec le plus actuel — et peut-être le plus important — de l'influence du Conseil Constitutionnel sur le Conseil d'Etat s'est manifesté récemment dans le domaine des principes généraux du droit. Durant l'année 1969, le Conseil Constitutionnel a en effet eu recours aux principes généraux du droit comme élément complémentaire de définition du domaine de la loi ; cela l'a conduit à affirmer un nouveau principe général : celui d'après lequel le silence gardé par l'administration équivaut à un refus (178). Le Conseil d'Etat, pour sa part, on le sait, tout en consacrant fréquemment cette solution, ne lui avait jamais reconnu le caractère de principe général du droit (179). Aussi la décision de l'Assemblée du Contentieux du 27 février 1970, Commune de Bozas (180), était-elle attendue avec impatience pour trancher la question du ralliement du Conseil d'Etat à la décision du Conseil Constitutionnel du 26 juin 1969. Or cette décision du Conseil d'Etat refuse implicitement de reconnaître à la règle du silence de l'administration équivalant à un refus le caractère de principe général du droit, « applicable même en l'absence de texte » ; elle prend ainsi le contrepied de la solution dégagée une année plus tôt par le Conseil Constitutionnel.

Éléments de conclusion sur ce point. — Ces exemples, à eux seuls, permettent quelques éléments de conclusion.

Les solutions du Conseil Constitutionnel ne semblent pas, en l'état actuel, avoir une grande influence sur le contenu des règles dégagées par le juge administratif en de semblables matières, en

(173) Concl. Baudouin précitées, *A.J.D.A.*, 1970, p. 106.

(174) C.E. Ass. 12 décembre 1969, Conseil national de l'Ordre des Pharmaciens, concl. Baudouin, *A.J.D.A.*, 1970, p. 103.

(175) C.E. 18 mai 1960, Karle, *A.J.D.A.*, 1961, p. 41, concl. Fournier.

(176) C. const. 27 novembre 1959.

(177) Cf., sur la question, A.-H. Mesnard : « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires », *A.J.D.A.*, 1970, précité, p. 271.

(178) C. const. 26 juin 1969, *A.J.D.A.*, 1969, p. 563 ; chron. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, *id. loc.*, pp. 683 et s. ; *J.C.P.*, 1969, I, 2290 bis, note M. Voisset.

(179) Voir, entre autres, C.E. Sect. 20 avril 1956, Ville de Nice, *Leb.*, p. 163, concl. Long.

(180) C.E. Ass. 27 février 1970, Commune de Bozas, *A.J.D.A.*, 1970, p. 232.

dépôt de la situation et de la mission particulière du Conseil Constitutionnel (181). Au contraire c'est le Conseil d'Etat qui, dès l'origine, a marqué de son influence, et l'organisation, et le caractère, et l'autorité du Conseil Constitutionnel.

Tel est l'état actuel. Mais rien n'interdit de supposer que le développement d'une véritable jurisprudence du Conseil Constitutionnel — qui évidemment demande plus de dix années — modifiera progressivement les rapports des deux Assemblées du Palais-Royal : la sagesse conseillerait alors à la plus ancienne de prêter attention à la plus jeune, lorsque celle-ci, de plus en plus, accèdera au langage jurisprudentiel.

§ 3. — *L'influence du juge judiciaire sur la jurisprudence administrative*

Les limites de l'examen. — La question de l'influence réciproque des deux ordres de juridiction dans la définition du droit jurisprudentiel a fait l'objet, durant les trente dernières années, d'études approfondies, d'aspect systématique, et qui, d'une façon générale, aboutissent à la conclusion d'un certain rapprochement des deux jurisprudences (182).

La seule originalité de l'étude qu'on entreprend maintenant viendra peut-être de l'optique particulière qu'elle adopte ; s'agissant en effet de l'étude des méthodes jurisprudentielles du juge administratif, particulièrement de l'origine matérielle des règles de la jurisprudence administrative, c'est sur l'importance des emprunts faits par le juge administratif à la jurisprudence judiciaire qu'il importe de mettre l'accent, beaucoup plus que de se prononcer sur une éventuelle collaboration des deux ordres de juridiction (183).

Dans ces conditions, nous écarterons systématiquement ici la question de l'utilité actuelle ou du caractère anachronique de la dualité des ordres juridictionnels (184) : celle-ci concerne l'aspect

(181) Il faut d'ailleurs bien voir que cet état de chose ôte toute portée pratique aux dispositions de l'article 62 de la Constitution ; ce texte pourrait disparaître de la Constitution sans que la position du Conseil constitutionnel en soit modifiée ; en effet, le régime qui est actuellement fait aux décisions du Conseil constitutionnel découle suffisamment du caractère de juridiction constitutionnelle de celui-ci, sans que l'article 62 y ajoute quoi que ce soit. Et pourtant il existe un principe dit de « l'effet utile » d'un texte ; ne vaudrait-il pas en matière constitutionnelle ? Ou bien serait-ce que l'article 62 vouldrait dire, dans l'esprit des constituants, plus que n'y a lu le Conseil d'Etat ?...

(182) Cf. en particulier R. Chapus : « Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire », *Thèse*, Paris, L.G.D.J., 1953, 578 p. ; T. Cathala : « Le contrôle de la légalité administrative », *Thèse*, 1966 ; J. Castagne : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative », *Thèse*, 1964 ; Ch. Debbasch : « Procédure administrative contentieuse et procédure civile », *Thèse*, 1962 ; A. Ladret : « Etude critique des méthodes d'évaluation du préjudice corporel », *Thèse*, 1969, etc.

(183) Sur ce point encore, cf. E. Langavant : « La collaboration entre les deux ordres de juridiction », *Thèse*, Lille, 1954 ; C. Durand : « Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire », *Thèse*, Rennes, 1954 ; surtout Duez et Debeyre, *Traité de droit administratif*, 1952, n. 415 et s.

(184) Sur ce point, cf. entre autres, M. Gjidara : « La fonction administrative contentieuse », *Thèse*, Paris, 1970, 2 t., dactylographiée, t. II, pp. 663 et s. et les références nombreuses et récentes citées par cet auteur ; cf. aussi R. Charlier : « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? »,

organique de l'activité juridictionnelle, et non, directement, l'origine matérielle des règles du droit jurisprudentiel.

A l'inverse, mais pour des raisons analogues, la question de l'autorité de la chose jugée par le juge judiciaire vis-à-vis du juge administratif ne sera pas développée (185) : celle-ci est en effet limitée par le principe de la relativité de la chose jugée (186) et reste, en conséquence, sans influence sur la formulation par le juge administratif d'une règle de portée générale (187).

Il n'y a pas lieu non plus d'examiner ici le mécanisme des questions préjudicielles à la compétence du juge administratif (188) ; précisément parce que, dans de telles hypothèses, le juge administratif définit lui-même les limites de son intervention, on ne saurait parler d'influence du juge judiciaire autre que ponctuelle, et limitée à l'espèce considérée.

Ces remarques faites, un certain nombre d'exemples permettront de préciser dans quelle mesure le juge administratif se réfère aux solutions de la jurisprudence judiciaire dans la création du droit administratif jurisprudentiel.

Exemples positifs d'influence. — Dans certains cas l'influence est manifeste.

Certains arrêts anciens sont, à ce titre, significatifs ; ainsi, dans

E.D.C.E., 1951, p. 47 ; R. Guillien : « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *D.*, 1955, p. 97 ; J. Delvolvé : « Une crise du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires », *E.D.C.E.*, 1950, pp. 21 à 34 ; T. Cathala : « Le contrôle de la légalité administrative », *op. cit.*, cf. en particulier pp. 96 et s. et pp. 156 et s. ; « Tribune libre sur la réforme des juridictions administratives », in *Rev. adm.*, 1953, p. 154 ; A. Le Tarnec : « Faut-il supprimer les juridictions administratives ? » in *La Vie judiciaire*, 1957, n° 557, p. 5 ; F.-P. Benoit : « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *J.C.P.*, 1964, I, 1838. On nous permettra de rappeler ici le mot de M. Rivero : « Nul n'oserait s'interdire le double rêve d'un juge administratif mieux armé pour rendre opérantes ses annulations, d'un juge judiciaire ayant davantage épousé son temps, mieux formé à l'intelligence de l'Administration et de l'Etat moderne. » (J. Rivero, préface à la thèse de T. Cathala : « Le contrôle de la légalité administrative », précitée).

(185) Cf. C. Gabolde : « L'autorité de la chose jugée par les tribunaux judiciaires devant les juridictions administratives », *D.*, 1953, chr. p. 43.

(186) Cf. par exemple C.E. 26 février 1937, Sté des Ciments Portland de Lorraine, *Leb.*, p. 254.

(187) La question se pose particulièrement en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée au pénal vis-à-vis du juge administratif ; la formule traditionnelle de la jurisprudence est alors celle-ci : « Si la juridiction administrative est liée par les constatations de fait de la décision pénale, on ne saurait invoquer devant elle l'autorité de la chose jugée quant aux conséquences juridiques à déduire de ces constatations pour l'appréciation de la responsabilité de l'Etat. » (C.E. 15 décembre 1950, Bugnot, *Leb.*, p. 623 ; C.E. 10 juillet 1954, Dame Vve Théodebert Agésilas, n° 20543). Cf. encore sur ce point, Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, t. I, pp. 115 et s. Autre formule traditionnellement employée : « L'autorité de la chose jugée, qui appartient aux décisions des juges répressifs, ne s'attache qu'aux constatations de fait contenues dans un jugement et qui sont le support nécessaire dudit jugement. » (C.E. 27 janvier 1965, Dame Vve Pasquelin, *Leb.*, p. 54 ; C.E. 12 décembre 1942, Dille de Murard, *Leb.*, 1943, p. 319 ; T.C. 21 juillet 1949, Juery c/ Maze, *Leb.*, p. 608 ; C.E. 26 mai 1948, « La Préservatrice », *Leb.*, p. 234).

(188) Rappelons qu'une telle procédure suppose que les moyens incidents soulevés concernent l'application de règles de droit privé (C.E. 4 mai 1934, Vecchini, *Leb.*, p. 350 ; C.E. 24 février 1950, Godot, *Leb.*, p. 120 ; C.E. 27 mars 1957, Entreprises Girault, *Leb.*, p. 218), et que la question posée soulève une difficulté sérieuse (C.E. 15 février 1929, Commune de La Chaux-de-Dombref, *Leb.*, p. 192).

une affaire Vignet du 13 mars 1885 (189), le Commissaire du Gouvernement Levavasseur déduit d'une jurisprudence de la Cour de cassation le principe qu'« en présence d'une loi accordant une liberté, l'autorité administrative ne peut plus subordonner à une autorisation préalable, l'exercice de l'activité considérée » ; et il conclut par un souhait de portée générale : « il est désirable que la jurisprudence du Conseil d'Etat soit en concordance avec celle de la Cour de cassation » (190).

D'autres solutions particulières illustrent également ce souci de la Haute Assemblée de rester attentive aux solutions dégagées par la Cour de Cassation, et éventuellement de les adopter. Ainsi, pour déterminer les droits qu'ont les Caisses de Sécurité sociale sur les indemnités dues aux assurés sociaux accidentés par les auteurs reconnus responsables de ces accidents, le Conseil d'Etat a, « très consciemment » (191), par un arrêt rendu en 1955 (192), adopté la solution de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation telle qu'elle résultait d'un arrêt de 1954 (193) et (194).

D'une façon plus générale, on sait que le Conseil d'Etat a généralement admis, lorsqu'il avait à connaître, avant la loi du 31 décembre 1957, des conséquences d'accidents causés par des véhicules de l'administration, des règles à peu près identiques à celles qui avaient été dégagées par la jurisprudence de la Cour de Cassation en cette matière (195).

D'ailleurs, d'une façon générale, l'influence réciproque des jurisprudences civile et judiciaire a été particulièrement mise en lumière en ce qui concerne le contentieux de la responsabilité (196). Il faut toutefois noter, en ce domaine, il y a, non pas influence d'une jurisprudence sur l'autre, mais origine commune de

(189) C.E. 13 mars 1885, Vignet, *S.*, 1886, 3, 58.

(190) Rapporté par A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement durant la seconde moitié du XIX^e siècle », in *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 300 ; sur l'influence de la jurisprudence judiciaire à cette époque, voir aussi G. Jeze : « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », *id. loc.*, pp. 347 et s.

(191) La précision est de R. Odent, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. I, p. 19.

(192) C.E. 28 octobre 1955, « Caisse primaire de Sécurité sociale de Villefranche », *Leb.*, p. 509.

(193) Cass. crim. 15 juin 1954, *Gazette du Palais*, 1954, 2, 224.

(194) Symétriquement, c'est parfois la Cour de cassation qui reprend à son compte une solution déjà dégagée par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ainsi, décidant que la loi du 11 juillet 1938, sur l'organisation de la Nation en temps de guerre continuait à s'appliquer : Cass. crim. 5 mars 1953 (*Gaz. Pal.*, 1953, 1, 404), conforme à C.E. 10 novembre 1950, Fédération nationale de l'éclairage et des forces motrices (*Leb.*, p. 458). Ainsi, refusant toute indemnité à la concubine d'une personne victime d'un accident imputable à un service public, Cass. 13 février 1937, D.P. 1938, I, 5, reprenant C.E. 11 mai 1928, Delle Rucheton, *Leb.*, p. 608 ; la Cour de cassation abandonnait ainsi une jurisprudence fixée par elle depuis 1863 ; depuis 1937, la jurisprudence judiciaire s'est encore modifiée sur ce point.

(195) Cf. R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 219, note 170.

(196) Cf., entre autres, J. Luchet : « L'arrêt Blanco, la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat » (*th. Nancy*, 1935) ; G. Cornu : « La responsabilité délictuelle comparée en droit public et en droit privé » (*th. Paris*, 1949) ; Ch. Eisenmann : « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques », *J.C.P.*, 1949, I, 742 et 751 ; R. Chapus : « Responsabilité publique et responsabilité privée » (*th. Paris*, 1953, précitée).

deux jurisprudences analogues ; comme l'écrit M. Chapus : « Cette unité de jurisprudence est parfois toute naturelle ; il est des solutions qui s'imposent... ». L'auteur ajoute cependant : « Sur d'autres points, l'unité de jurisprudence a été le fruit du ralliement d'une juridiction à la position de l'autre » (197) ; ce sont ces derniers exemples qui nous intéressent ici.

Ainsi la jurisprudence administrative s'est progressivement ralliée, depuis une vingtaine d'années, à la position des tribunaux judiciaires, en ce qui concerne la date retenue pour la fixation de l'indemnité à la suite de dommages causés aux personnes : aujourd'hui le Conseil d'Etat apprécie le montant de l'indemnité au jour du jugement, en tenant compte éventuellement de tous les éléments survenus jusqu'à cette date, sauf défaut de diligence de la victime à demander la réparation du préjudice (198) et (199).

De la même façon, l'orientation récente de la jurisprudence administrative, qui semble admettre plus facilement la réparation du préjudice moral (200), alors que, traditionnellement, le Conseil d'Etat estimait que la douleur morale n'était pas évaluable en argent (201), peut être interprétée comme la marque de l'influence d'une solution depuis longtemps admise devant les tribunaux judiciaires.

De la même façon encore, M. Chapus explique par l'influence de la jurisprudence judiciaire, l'abandon par le Conseil d'Etat d'une jurisprudence traditionnelle, par un arrêt du 31 janvier 1902 (202), qui admet qu'un « acte d'autorité » puisse être soumis au principe de responsabilité ; selon le savant auteur : « il semble que la considération de la position judiciaire ait influencé le Conseil d'Etat, et ait joué dans son évolution un rôle déterminant. Il semble qu'il y ait eu, d'une part, une influence directe de la jurisprudence judi-

(197) R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, op. cit., p. 554.

(198) Cf. M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, op. cit., t. II, p. 695 et la jurisprudence citée ; en particulier, C.E. 11 février 1952, Astruc ; cf. aussi, B. de Segogne : « De la date d'évaluation du préjudice en matière de responsabilité civile et administrative », th. Paris, 1951 ; H. Detton : « L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives », D., 1951, chr. p. 61.

(199) La solution reste différente en cas de dommages causés aux biens. Cf. R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, op. cit., p. 514, qui explique d'ailleurs cette dualité de régime, juridiquement injustifiée, mais motivée par des considérations d'équité.

(200) C.E. 24 octobre 1961, Min. des Travaux publics c. consorts Letisserand, *Leb.*, p. 661, dont un considérant est de principe : « Considérant que s'il n'est pas établi, ni même allégué, que le décès... ait causé au sieur Letisserand (Camille), un dommage matériel ou ait entraîné des troubles dans ses conditions d'existence, la douleur morale qui est résultée pour ce dernier de la disparition prématurée de son fils est par elle-même génératrice d'un préjudice indemnisable. » La remarque est surtout vraie si l'on admet que la condition d'exceptionnelle gravité n'est pas implicitement vérifiée dans le considérant précité de l'arrêt Letisserand.

(201) C.E. 25 juillet 1919, Guignot, *Leb.*, p. 689 ; C.E. 24 novembre 1922, consorts Labrioux, *Leb.*, p. 872 ; C.E. 21 mai 1947, Sèvre, *Leb.*, p. 214 ; sur ce point, cf. l'étude très complète de R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, op. cit., pp. 420 et s. Il faut en rapprocher la jurisprudence Berenger (C.E. 28 juillet 1951, *Leb.*, p. 473, concl. Agid) qui admet l'indemnisation de la « perte d'une chance » ; le commissaire du gouvernement y rappelle très longuement l'état de la jurisprudence judiciaire en ce domaine.

(202) C.E. 31 janvier 1902, Grosson, *Leb.*, p. 56, implicitement, et C.E. 27 février 1903, sieur et dame Zimmermann et Delle Olivier, S., 1905, 3, 17, note Hauriou.

ciaire : il s'est produit une sorte d'émulation, par laquelle le Conseil d'Etat, s'apercevant de l'anachronisme de sa position, modifie sa jurisprudence pour l'aligner sur celle des tribunaux judiciaires. Il y a eu, d'autre part, le désir du Conseil d'Etat d'ôter aux tribunaux judiciaires toute raison de conserver leur compétence dans les matières qui restaient sous leur juridiction, en faisant preuve d'une liberté égale à la leur » (203).

Il semble donc conforme à la réalité d'admettre que la jurisprudence judiciaire a sa place parmi les sources matérielles du droit administratif jurisprudentiel (204). Encore faut-il essayer de préciser la portée exacte de cette influence.

Exemples des limites de cette influence. — D'autres exemples témoigneront des limites que comporte la référence de la part du juge administratif aux solutions adoptées par le juge judiciaire (205).

Parfois, ce sont sur des questions particulières, quoique importantes, que le juge administratif retient une solution qui contredit directement celle qu'a précédemment consacrée la jurisprudence judiciaire. Ainsi le Conseil d'Etat a dénié toute valeur juridique à l'armistice de juin 1940 (206), alors que celui-ci avait été jugé valable par la Cour de Cassation quelques années auparavant (207) et (208).

Une autre controverse, aujourd'hui tranchée, illustre de la même manière la volonté occasionnelle du Conseil d'Etat de s'affranchir des solutions de la jurisprudence judiciaire. L'article 2 de la loi du 5 avril 1937 (209) substituait la responsabilité de l'Etat à celle des instituteurs publics pour les dommages causés par les « enfants ou jeunes gens qui leur sont confiés à raison de leurs fonctions », et étendait cette substitution de responsabilité aux dommages causés aux élèves eux-mêmes ; d'autre part la loi maintenait la compétence judiciaire pour statuer sur les actions en responsabilité dirigées contre l'Etat (210). Les tribunaux judiciaires faisaient préva-

(203) R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, op. cit., p. 199.

(204) Cf. encore, les conclusions du commissaire du Gouvernement Letourneur dans l'arrêt C.E. 30 mai 1952, dame Kirkwood, dans lesquelles il est demandé au Conseil « d'adopter la jurisprudence même des Chambres réunies de la Cour de cassation », *R.D.P.*, 1952, p. 788 ; il faut, d'ailleurs, remarquer que le Conseil d'Etat n'a que partiellement suivi cette invitation (cf. *infra*, partie II, titre I, chap. II, sect. I, § 1^{er}) et les conclusions du Commissaire du Gouvernement Vught sur C.E. 29 janvier 1971, Emery et autres (*A.J.D.A.* 1971, p. 410).

(205) On n'examinera pas ici l'hypothèse dans laquelle la contradiction procède de décisions divergentes sur la légalité d'un acte administratif, au cas de compétences concurrentes (cf. Auby et Drago, *Traité du contentieux*, op. cit., t. I, pp. 113 et s.) ; dans ce cas, en effet, la prééminence reste toujours en dernier ressort au juge administratif.

(206) C.E. sect. 12 novembre 1949, Société Maison René Guérin, *Leb.*, p. 473.

(207) Cass. crim. 3 novembre 1944, Georges Suarez, *S.*, 1945, 1, 29, note Rousseau.

(208) Autre exemple particulier, mais de moins grande conséquence pratique, la façon divergente dont les ordres de juridiction ont répondu à la question de la date d'entrée en vigueur de la loi budgétaire du 31 décembre 1937 (cf. *supra*, p. 268) ; le Conseil d'Etat (25 juin 1945, *Gaz. Pal.*, 26 septembre 1948) a pris ainsi le contrepied du juge judiciaire (Trib. civ. Seine, 8 novembre 1938, *D.H.*, 1939, p. 29).

(209) D.P. 1938, 4, 41, avec un commentaire de M. Waline.

(210) La compétence judiciaire était déjà prévue dans le cadre de la loi du 20 juillet 1899 (*D.P.*, 1899, 4, 85).

loir une interprétation large de ce texte et retenaient la compétence judiciaire tant pour les dommages *aux* élèves que pour les dommages causés *par* les élèves (211). Le Conseil d'Etat, au contraire, a pendant longtemps tranché en faveur d'une interprétation restrictive de la loi, qui n'admettait l'attribution légale de compétence au juge judiciaire qu'au cas de dommages causés *par* les élèves ; au contraire la réparation des dommages causés *aux* élèves restait de la compétence du juge administratif. Le Conseil d'Etat avait adopté cette interprétation dès le lendemain du vote de la loi (212) ; et, en dépit de la position contraire de la Cour de Cassation, il maintenait sa jurisprudence (213) ; il y avait là une manifestation caractéristique de l'indifférence du juge administratif aux solutions de la jurisprudence civile. Finalement, d'ailleurs, le Tribunal des Conflits a fait prévaloir l'interprétation large du texte (214), et le Conseil d'Etat a fini par se ranger à cette solution (215).

En dernier lieu, on mentionnera la tendance très ancienne du juge administratif à se montrer moins généreux que son collègue de l'ordre judiciaire dans l'évaluation des indemnités réparatrices de préjudices dans le contentieux de la responsabilité (216). D'une part, le juge administratif s'en remet volontiers à l'administration active pour la fixation des sommes dues au requérant (217) et (218). Mais la divergence d'avec le juge judiciaire se marque surtout dans la modicité des condamnations pécuniaires prononcées contre les collectivités publiques par les juridictions administratives ; comme le note M. Pelloux : « En matière d'indemnité, il faut remarquer qu'à égalité de préjudice, le juge administratif se montre d'ordinaire moins généreux que le juge judiciaire » (219). Sans doute la

(211) Cass. civ. 22 novembre 1943, *D.A.*, 1944, p. 1 ; Cass. req. 10 janvier 1944, *D.*, 1945, p. 333 ; Cass. req. 30 mai 1944, *S.*, 1945, 1, 39.

(212) C.E. 4 juin 1937, Lhomme, *S.*, 1938, 3, 97, note P. de F.R.

(213) C.E. 26 avril 1944, Joudrier, *D.*, 1945, p. 338, note Waline.

(214) T.C. 31 mars 1950, Delle Gavillet, *D.*, 1950, p. 331, concl. Dupuich ; *J.C.P.*, 1950, II, 5579, note Vedel. Même l'action récursoire est de la compétence judiciaire, C.A. Nancy, 19 mai 1949, *Gaz. Pal.*, 1949, 2, 166.

(215) C.E. 17 juillet 1950, Dame Vve Delcasso, *Leb.*, p. 447.

(216) Cf. également, s'agissant non plus seulement de l'évaluation du préjudice, mais bien des règles de fond de la responsabilité, la comparaison faite par G. Vedel entre les jurisprudences judiciaire et administrative, note sous T.C. 26 mai 1954, Moritz, *J.C.P.*, 1954, II, 8334, spécialement les points 15 et s.

(217) Cf. *supra*, partie I, p. 111 et 112. Ainsi, durant l'année judiciaire 1965-1966, une fois sur trois, le Conseil d'Etat s'est abstenu de fixer lui-même le montant des indemnités. R. Drago, *E.D.C.E.*, 1967, p. 162 ; les cas de renvoi par le tribunal administratif de Versailles sont beaucoup moins fréquents, R. Drago, *E.D.C.E.*, 1968, p. 181.

(218) Or, cette méthode présente d'évidents inconvénients pour le requérant puisqu'elle aboutit à remettre finalement la liquidation de l'indemnité à laquelle il a droit entre les mains de l'adversaire : ainsi, les requérants sont parfois contraints d'accepter des indemnités inférieures à celles qui leur ont été octroyées par le juge (C.E. 22 juin 1963, Min. de l'Intérieur, c. Darcel, *Leb.*, p. 394), ou bien mis dans l'obligation de revenir devant le juge (C.E. 20 janvier 1967, dame Coursières-Berthelène, *Leb.*, p. 23).

(219) R. Pelloux, *Le citoyen devant l'Etat*, Paris, P.U.F. Que sais-je ? 1966, p. 81. De la même façon, on a reproché au juge administratif d'être « exagérément timoré quant à l'évaluation des indemnités », H. Detton : « L'évaluation des indemnités », *E.D.C.E.*, 1953, p. 52 ; cf. encore, G. Vedel, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 354 ; J. Robert : « Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration », *th.*, 1966, p. 303. Voir aussi, comme particulièrement significatif, C.E. 30 janvier 1948, Vve Bernard et Vve Gros, *D.*, 1948, p. 69, note Fréjaville.

tendance est-elle aujourd'hui à une plus grande générosité du juge administratif (220), ce qui s'explique certainement pour partie par la comparaison, défavorable pour le premier, qui était régulièrement établie entre le juge administratif et le juge judiciaire. Il reste qu'en l'état actuel une différence sensible subsiste dans l'appréciation monétaire du préjudice (221) ; ce qui marque encore les limites de l'influence de la jurisprudence judiciaire sur la jurisprudence administrative (222).

L'influence de la jurisprudence judiciaire a-t-elle varié dans le temps ? — Si, à partir des exemples qui viennent d'être rappelés, et qui concernent tant l'influence positive de la jurisprudence judiciaire sur le juge administratif que les limites de cette influence, on cherche à résumer la question par quelques propositions de portée générale, il semble que l'on puisse conclure à une certaine évolution dans le temps.

Durant le XIX^e siècle, l'influence du droit privé est très forte, mais il s'agit plus de l'adoption par le juge administratif du vocabulaire, des méthodes et des catégories du droit privé, que des solutions positives de la jurisprudence judiciaire d'ailleurs encore très subordonnée au droit écrit (223). A partir de la fin du siècle dernier, la construction jurisprudentielle du droit administratif se fait, pour une part, par opposition au droit commun (224), et par l'affirmation de l'autonomie de la jurisprudence administrative. Cependant, dès cette époque, de bons esprits attirent l'attention sur les inconvénients pratiques de solutions par trop divergentes, et sur l'illogisme qu'elles constituent parfois. De façon générale, on peut donc admettre que l'accent est plutôt mis aujourd'hui sur les similitudes des deux jurisprudences, ce qui se traduit, pour notre propos, par une plus grande attention du juge administratif aux solutions de la jurisprudence judiciaire.

Ces distinctions chronologiques ne doivent cependant pas faire perdre de vue la place particulière qui a toujours été faite par le juge administratif à la jurisprudence judiciaire parmi les sources matérielles du droit administratif ; le juge judiciaire est en effet fréquemment confronté à des questions auxquelles le juge admi-

(220) Pour M. Braibant, les dommages-intérêts alloués en matière administrative auraient triplé en dix ans ; concl. Braibant, sur C.E. 27 octobre 1965, Min. des Armées. Cf. Kankovsky, *Leb.*, p. 561 ; cf. aussi, l'étude très technique de A. Ladret : « Etude critique des méthodes d'évaluation du préjudice corporel », *th.* Paris, *L.G.D.J.*, 1969, n^{os} 145 à 151, en particulier. Voir encore, chronique générale de jurisprudence administrative française, par Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, *A.J.D.A.*, 1970, pp. 351 et s. ; cf. encore, F.-P. Benoit : « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *J.C.P.*, 1964, I, 1838, n^o 46.

(221) Cf. M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, *op. cit.*, t. II, pp. 707 et s. Cf. en particulier, pour les limites de cette influence, le commentaire de deux décisions au journal *Le Monde*, du 20 décembre 1969 et du 3 février 1970, également développées par M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, *op. cit.*, t. II, p. 709.

(222) Et il s'agit pourtant d'un domaine qui, par nature, relève essentiellement du droit jurisprudentiel, et non du droit écrit.

(223) Cf. G. Jèze : « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 347 et s. ; et surtout F.-P. Benoit : « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *J.C.P.*, 1964, I, 1838, en particulier n^o 19.

(224) Qu'on pense, par exemple, à la formule de l'arrêt Blanco.

nistratif n'échappe pas ; et les réponses données par la jurisprudence judiciaire, parce qu'exprimées en termes juridiques et à l'occasion d'une espèce particulière, sont d'accès aisé pour le juge administratif, qui, éventuellement, n'hésitera pas à les adopter. En dernier lieu, l'ancienneté de la jurisprudence judiciaire, et sa relative stabilité concourent également à en faire une des sources matérielles du droit administratif défini par le juge.

Conclusion du Chapitre. — Doctrine, jurisprudences du Conseil Constitutionnel, de la Cour des Communautés, des tribunaux judiciaires, telles sont les données élaborées, parmi les sources auxquelles le juge se réfère dans la construction du droit administratif jurisprudentiel.

Encore, tout essai de conclusion sur ce point doit-il être nuancé par la remarque que, d'une façon générale, la concordance entre une donnée élaborée et une solution de la jurisprudence administrative n'implique pas nécessairement que la seconde se soit inspirée de la première ; dans un certain nombre de cas, cette concordance s'expliquera simplement par la similitude d'inspiration des deux règles ; il faut alors chercher plus loin l'origine de la solution consacrée par le juge ; on aborde ainsi la question de la place des données brutes parmi les sources matérielles du droit administratif jurisprudentiel, et de la méthode suivant laquelle le juge apprécie ces données et les incorpore au droit positif.

CHAPITRE II

LE JUGE ADMINISTRATIF ET LES DONNEES BRUTES

L'attention du juge administratif vis-à-vis des données brutes. — « L'école d'autrefois concédait volontiers que la formation première du droit venait de l'évolution scientifique et coutumière, mais que la législation seule avait à en tenir compte, et non la jurisprudence. Nous disons aujourd'hui que cet élément n'entre pas seulement dans la formation, mais dans l'interprétation du droit » (1). La remarque avait à peine besoin d'être faite, en ce qui concerne la jurisprudence administrative dont on peut admettre qu'elle a, de toute date, choisi de maintenir le « contact immédiat du juge avec le réel » (2).

On peut en chercher l'explication dans les faiblesses de la législation administrative (3), et dans l'insuffisance corrélative des données élaborées (4), ou bien dans la position particulière d'une juridiction interne à l'administration et dans la signification que prend son intervention. Quoi qu'il en soit, il est admis généralement que la jurisprudence administrative procède fréquemment d'un contact direct avec le réel, voire avec le quotidien. Le juge administratif se reconnaît librement le droit de se saisir directement des diverses réalités sociales ou politiques pour définir, sans le relais du législateur, ni même d'une quelconque source élaborée, le droit qui s'appliquera en tel domaine.

C'est même là une des dominantes de la méthode suivie par le juge administratif dans l'élaboration du droit jurisprudentiel, que cette attention directe aux rapports économiques, familiaux, religieux, en un mot aux phénomènes sociaux en général, auxquels la règle de droit, suivant le mot de Larnaude, « vient simplement servir de vêtement protecteur, de cuirasse » (5). Peu importe ici que ces règles existent déjà à l'état latent dans le cadre sociétaire

(1) R. Saleilles, Préf. à Fr. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 25. D'une façon générale sur le rapprochement du législateur et du juge, particulièrement du juge administratif du point de vue de la création du droit, cf. *supra*, chap. préliminaire de cette partie.

(2) R. Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, p. 97.

(3) Cf. *supra*, chap. prélim. de la partie II.

(4) Cf. *supra*, partie II, titre I, chap. I.

(5) Larnaude : « Le droit public, sa conception, sa méthode », in *Les méthodes juridiques*, op. cit., p. 30 ; et l'auteur ajoute très justement : « Mais le vêtement qui est évidemment chose utile, peut se démoder. »

(6), ou que la part de création véritable du juge soit plus importante (7) ; ce qui nous intéresse c'est ce contact immédiat du juge avec une réalité sociale, qui n'est pas exprimée en termes juridiques et qui, le plus souvent, s'analyse en un simple comportement ; et aussi la méthode suivant laquelle le juge va exprimer de cette réalité sociale une ou plusieurs règles du droit positif.

La tâche est en effet délicate et d'envergure, et le chemin n'est pas toujours aisé à découvrir qui permet, suivant le conseil de Chateaubriand, « de distinguer la lente conspiration des âges de la conspiration hâtive des idées et des systèmes » (8) ; ceci d'autant plus que le juge administratif ne saurait, sans encourir la critique, oublier que sa tâche première reste la solution de litiges particuliers, qui ne doivent pas souffrir de son action sur le contenu du droit positif ; ceci d'autant plus, également, que le juge, fonctionnaire nommé par l'autorité exécutive, n'a aucune habilitation constitutionnelle à créer ainsi directement du droit, à la différence du législateur. On comprend dès lors la prudence avec laquelle il acceptera parfois de « céder à la pente irrésistible des faits et des idées » (9).

Recherche d'une classification des données brutes. — « Audace sur le fond, prudence dans la forme » ; ce diptyque est proposé, de façon classique, aux interprètes de l'œuvre jurisprudentielle de la juridiction administrative ; comme toute formule qui atteint à la célébrité, celle-ci possède certainement sa part de vérité. Cependant, il faut aller plus loin et poser la question de savoir si l'attitude du juge est bien la même vis-à-vis des diverses données brutes que lui propose l'activité sociale.

A notre avis il n'en est rien et, malgré tout ce qu'une division tranchée peut comporter d'artificiel en ce domaine, il semble utile de faire parmi ces données brutes un certain nombre de distinctions élémentaires. Deux critères viennent d'abord à l'esprit : la connaissance technique plus ou moins complète que le juge a des diverses données brutes, et l'importance politique (au sens très large) plus ou moins grande qu'il y attache. A priori, il n'y a aucune raison logique pour que ces deux critères permettent de définir des catégories qui coïncident. Le premier de ces critères permet de distinguer entre d'une part les considérations tenant au bon fonctionnement de l'appareil de l'Etat (10), d'autre part les considérations

(6) En ce sens, H. Lévy-Bruhl : « il n'est pas exact de dire que les juges ont créé, élaboré des règles de droit ; elles existaient déjà : les juges les ont trouvées », selon la très exacte expression des vieux textes germaniques, qui désignent parfois ces juges du mot : *Urteilsfinder* », H. Lévy-Bruhl : « Sociologie du droit », *P.U.F.*, 1961, Que sais-je, p. 67 ; cf. encore, en ce sens, P. Lombard : « ... (il s'agit) de formuler certaines règles essentielles ; mais ces règles vivaient auparavant à l'état plus ou moins latent dans les consciences... », P. Lombard, in *Discours sur le Code civil allemand*, fait à l'Université de Nancy, le 19 novembre 1896 (Nancy, 1897, p. 23).

(7) Ce qu'exprime de façon saisissante la terminologie anglo-saxonne : le juge y est dit « judge made law » ; et le mot « justice » s'incorpore à son nom civil. Cf. encore, sur ce point, H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 66.

(8) « Il faut se garder de prendre les idées révolutionnaires du temps pour les idées révolutionnaires des hommes », Chateaubriand, au Congrès de Vienne.

(9) Ledru-Rollin, *Journal du Palais*, éd. n° 3, 1837-1842, p. 17.

(10) C'est volontairement qu'est ici écartée l'expression de « considérations politiques » dont on saisit immédiatement l'ambiguïté : si l'on propose une acception large du terme « considérations politiques », c'est l'ensemble des

tirées directement de l'activité sociale générale ; quant au critère tiré de l'importance politique des diverses données brutes, il conduit à isoler d'une part certaines données fondamentales de très large portée politique, encore directement marquées de considérations éthiques, et qui s'expriment en général en principes généraux du droit, et d'autre part des règles de nature beaucoup plus pratique, en général empruntées à de simples comportements sociaux et qui disparaissent en même temps que ceux-ci se modifient.

Enfin, on a souvent proposé de privilégier deux catégories de données brutes auxquelles le juge administratif accorderait une attention particulière : d'un côté la bonne marche de l'action administrative, et de l'autre côté la sauvegarde et le développement des droits des administrés. Sans méconnaître tout ce que cette double constatation comporte d'exactitude, nous ferons simplement remarquer qu'elle rend compte bien plutôt des résultats de l'action du juge administratif que de l'origine matérielle du droit jurisprudentiel, même si les deux problèmes, évidemment, ne sont pas sans rapports.

Plan du Chapitre. — Pour toutes ces raisons, et sans méconnaître que, dans la pratique, le juge ne s'attarde pas à isoler intellectuellement les divers éléments qui guident les comportements sociaux (11), il semble légitime de distinguer parmi les données brutes du droit jurisprudentiel et, pour la clarté de l'exposé, d'examiner successivement la façon dont le juge est attentif d'une part aux impératifs de la puissance publique (Section I), d'autre part aux exigences de l'évolution sociale (Section II).

Section I. — Le juge administratif et les impératifs de la puissance publique

Les données brutes tirées des impératifs de la puissance publique.

— La question est volontiers posée de savoir si, dans les rapports que le juge entretient avec les considérations tirées des impératifs de la puissance publique, la méthode qu'il utilise n'est pas mise au service d'une doctrine dont il serait à la fois l'auteur et le réalisateur (12) ; ainsi M. Rivero, tout en remarquant qu'on a beaucoup parlé, et non sans raison, de l'empirisme du juge administratif, se demandait si « on avait assez mis en relief le fait que cet empirisme est au service d'une doctrine ». M. Pépy semble partager cette opi-

données brutes qui est finalement concerné ; si l'on retient, au contraire, une définition stricte, on est amené à opposer les organes constitutionnels à l'Administration, ce qui ne correspond pas à la réalité du point de vue du critère ici proposé. Cf. sur les difficultés du vocabulaire en ce domaine, la thèse récente de D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif français, sa portée et ses limites » (thèse, Paris, 1970, multigraphiée), en particulier, pp. 2 et s.

(11) R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 191, qui note également le silence gardé par les arrêts sur la référence du juge aux données brutes ; autre difficulté de la présente étude...

(12) Cf. le très intéressant article de P. Weil : « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux, politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, n° 51, 1959, p. 289.

nion et donne quelques indications sur le contenu de cette doctrine (13). Les auteurs affirment d'ailleurs, de façon plus générale, que la formulation de cette doctrine doit être recherchée dans l'examen attentif du contenu des principes généraux du droit : ceux-ci constitueraient matériellement l'expression de la doctrine du juge (14).

En réalité il semble bien que cette doctrine dont, certainement, les principes généraux sont le mode d'expression privilégié, est cependant à la fois plus diffuse et de portée plus générale (15) ; elle comporterait ainsi d'un côté la notion d'autonomie, de liberté d'action du pouvoir politique — au sens étroit, constitutionnel du terme — et, comme complément indispensable, la notion de « l'administration raisonnable » (16) incluant d'une part la nécessité de l'efficacité de l'action administrative, et d'autre part la sauvegarde des droits des administrés.

Plan de la Section. — C'est là admettre que, parmi les sources matérielles brutes du droit jurisprudentiel, le juge accorde une importance privilégiée à celles qui s'établissent d'une part autour de l'idée de liberté d'action du pouvoir politique (§ 1^{re}) ; d'autre part, autour de l'idée d'une bonne gestion administrative (§ 2).

§ 1^{re}. — *Le juge administratif et la liberté d'action du pouvoir politique* (17)

Position du juge vis-à-vis du pouvoir politique. — « Le fait de la part de l'Etat, puissance publique, de se soumettre au contrôle d'un juge constitue un effort de bonne volonté qui doit demeurer spontané » (18). La jurisprudence administrative illustre en effet la conscience très vive que le juge a toujours manifesté de la nécessité d'une libre action du pouvoir politique. Et certains se sont inquiétés de cette prudence voulue du juge administratif dans les rapports avec le pouvoir politique (19), tout en admettant cependant volontiers, avec M. Rivero, que « rien n'est plus étranger au Conseil d'Etat que l'esprit de fronde » (20) ; il semble que la vigou-

(13) D. Pépy : « Justice anglaise et justice administrative française », *E.D.C.E.*, 1956, en particulier, pp. 163 et s. Il est peut-être amusant de noter que des voix moins autorisées n'accordent pas la même unité logique aux interventions de la Haute Assemblée qui devient simplement « le baromètre de la rouspétance française ». *Paris-Presse-l'Intransigeant*, du 4 décembre 1955.

(14) Cf. J. Rivero : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », *D.*, 1951, pp. 21 et s. ; M.-L. Nizard : « A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », *D.*, 1964, p. 147.

(15) En ce sens : D. Pépy : « Justice anglaise et justice administrative française », *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1956, p. 164.

(16) L'expression est de D. Pépy : « justice anglaise et justice administrative française », *op. cit.*, p. 164, qui comprend l'adjectif « raisonnable » au sens anglais du terme (clause de reasonableness).

(17) Rappelons que nous avons choisi de retenir ici l'acception étroite du terme « politique ».

(18) M. Hauriou, *La gestion administrative* (Paris, 1899), p. 49.

(19) D. Loschak constate ainsi que : « Le juge administratif a tendance à cantonner son contrôle en-deçà de certaines limites, de façon à ne pas entrer en conflit avec le pouvoir. » D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif français » (*th.* Paris, 1970, multigraphiée), p. 514.

(20) J. Rivero : « Le rôle du Conseil d'Etat dans la tradition française », *Le Monde*, du 31 octobre 1962. M. Waline va encore plus loin : « les remous de la politique ne franchissent pas les portes du palais Royal », note sous C.E. 28 mai 1954, Barel, *R.D.P.*, 1954, p. 509 ; cf. aussi M. Waline : « L'action du Conseil d'Etat dans la vie française », in *L.J.C.E.*, *op. cit.*, p. 133.

reuse formule d'Hauriou d'après laquelle « le juge tient tous les pouvoirs à la gorge » (21), doit plutôt être comprise comme un vœu pieux que comme le constat d'une réalité.

Il y a, à cette attitude particulière du juge administratif vis-à-vis du pouvoir politique, des raisons nombreuses et concurrentes.

Il est banal de rappeler, en premier lieu, que le juge administratif est né de la volonté du pouvoir politique, et à ses côtés, pour combler le vide juridictionnel qu'imposait le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (22) ; et pendant tout le XIX^e siècle la confusion s'est perpétuée en fait entre le juge administratif et le pouvoir politique d'une part (23), entre ce dernier et l'administration d'autre part : qu'on pense par exemple au mécanisme de la justice retenue (24) qui, en droit, faisait du Chef de l'Etat le véritable juge suprême du contentieux administratif, ou à la théorie du ministre-juge, dont la règle de la décision préalable est une manifestation encore actuelle (25).

A ceci s'ajoute la double nature du Conseil d'Etat, à la fois juge suprême du contentieux administratif et conseiller de l'exécutif ; et, pour chacun des membres du Conseil, la fréquente participation aux activités de l'exécutif (26).

C'est à la fois la familiarité et le respect du pouvoir politique qui déterminent de la part du juge administratif une attitude particulière dans la méthode d'élaboration du droit jurisprudentiel politique. On doit admettre que la prudence, ou la timidité, comme l'on préfère, du juge en ce domaine est affaire de méthode et traduit simplement la conscience très nette que celui-ci a, par la connaissance du pouvoir politique, du niveau auquel se situe le « seuil de tolérance juridictionnelle » (27), qui ne saurait être franchi sans inconvénient. On en a comme la vérification positive dans le fait que le Conseil d'Etat se soit maintenu à travers tous les régimes politiques depuis le début du XIX^e siècle (28) ; symétriquement

(21) M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 240.

(22) En sens contraire, voir cependant, F.-P. Benoit : « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *J.C.P.*, 1964, I, 1838.

(23) Cf. sur cette évolution historique, M. Ch. Kessler : « Le Conseil d'Etat », *C.F.N.S.P.*, n° 167 (Paris, Colin, 1968), pp. 29 et s. ; Ch. Durand : « La coopération entre le Gouvernement et le Conseil d'Etat sous le Consulat et le Premier Empire », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 77 et s.

(24) Abandonné par la loi du 24 mai 1872.

(25) Cf. les observations de MM. Long, Weil et Braibant aux *Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., sous l'arrêt C.E. 13 décembre 1889, Cadot.

(26) A quoi s'ajoutait encore la précarité juridique de la situation faite aux membres des juridictions administratives : « tenant des pouvoirs publics leur investiture... et démunis, théoriquement du moins, de toute protection juridique contre les réactions que leur comportement pourrait susciter, à leur égard, chez les autorités gouvernementales ». R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 250 ; cf. aussi, M. Ch. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 37 et s.

(27) La science administrative a précisé cette intéressante notion d'un « seuil de tolérance au contrôle juridictionnel », G. Lavau : « Le juge et le pouvoir politique », in *La Justice* (P.U.F., 1961), p. 65 ; on peut penser que ce seuil est particulièrement vite atteint en matière de contrôle politique du juge. Cf. encore, M. Gjidara, *La Fonction administrative contentieuse*, op. cit., t. II, pp. 744 et s.

(28) G. Vedel, *Institutions administratives*, Paris, 1962, cours polycopié, p. 176 ; cf. aussi H. Puget : « Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 110.

l'émotion soulevée par l'arrêt Canal (29) témoigne de la permanence de ce « seuil de tolérance » et du danger qu'il y aurait pour le Conseil à en oublier l'existence (30).

Le juge administratif français est sans doute juge de l'action administrative du pouvoir, mais il a besoin de la force politique de celui-ci, qui l'établit et le soutient (31) ; et sa méthode d'élaboration d'un droit jurisprudentiel à portée politique est tout entière dominée par cette considération.

Quelques exemples en seront donnés qui préciseront l'un la discrétion du juge : les actes du Gouvernement ; l'autre son respect : le mécanisme du renvoi pour interprétation à l'Administration active ; les derniers sa volonté de collaborer au bon fonctionnement des organes constitutionnels.

La discrétion du juge vis-à-vis du pouvoir politique : les actes de Gouvernement. — La construction jurisprudentielle des actes de Gouvernement, son évolution et sa permanence en dépit des critiques qui lui sont parfois adressées (32), illustrent bien cette attitude de discrétion du juge administratif à l'égard de l'action du pouvoir politique.

La construction jurisprudentielle de l'acte de Gouvernement est apparue sous la Monarchie de Juillet, c'est-à-dire à un moment où le Conseil d'Etat, création de l'Empire, était menacé dans son existence même.

Du point de vue de la méthode du juge, cette construction correspond à la reconnaissance de problèmes de caractère purement ou essentiellement politique dont le juge s'interdit à lui-même de connaître ; ainsi, de par la prudence ou la sagesse du juge, cer-

(29) C.E. 19 octobre 1962, Canal, *D.*, 1962, p. 687. Parmi l'abondante littérature qu'a suscitée l'arrêt Canal, on signalera, du point de vue qui intéresse ici : « Communiqué du Gouvernement après l'arrêt Canal », in Négrin, *Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958*, op. cit., p. 145 ; R. Drago : « L'affaire Canal et la réforme du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1963, p. 525 ; M. Ch. Kessler, in *Le Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 74 et s. ; et les articles de G. Vedel : « L'Etat doit être jugé », *L'Express*, du 30 mai 1963 ; et de G. Siefert : « Le Petit-Clamart d'un grand corps », *France-Observateur*, du 25 octobre 1962 ; rapprocher J. Legaret : « L'affaire Jacomet », in *Revue politique des idées et des institutions*, novembre 1960, p. 353.

(30) Voir, sur l'ensemble de la question, D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif français » (Thèse, Paris, 1970, multigraphiée), pp. 71 et s.

(31) Un seul exemple, mais significatif, sur ce point : la timidité du Conseil d'Etat au lendemain de la loi du 24 mai 1872 qui lui reconnaît la justice déléguée. Cf., par exemple, C.E. 15 novembre 1872, Carrey de Bellemare, *Leb.*, p. 591 ; et C.E. 2 juillet 1880, Valentin, *Leb.*, p. 619 ; sur l'ensemble de la question, L. Favoreu : « Du déni de justice en droit public français » (Thèse, Paris, L.G.D.J., 1964), pp. 542 et s. Ou, plus récemment, C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, commentaire de G. Braibant, *E.D.C.E.*, 1962, pp. 67 et s., qui note que « le juge administratif a considérablement renforcé l'efficacité de son contrôle sur la puissance publique, au moment où les pouvoirs de l'exécutif venaient d'être accrus par la Constitution de 1958 » (*id. loc. cit.*, p. 70). D'une façon générale, on pourrait d'ailleurs montrer que la jurisprudence administrative en matière politique est particulièrement audacieuse aux époques qui correspondent à un exécutif fort, ceci contrairement à une opinion couramment défendue. Il semble que ce soit également la pensée de R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », op. cit., p. 208.

(32) Cf. en particulier M. Mignon : « L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de Gouvernement, progrès nécessaire du concept de légalité », *Rev. Adm.*, 1951, n° 19, p. 30 ; « Une emprise nouvelle du principe de légalité : les actes de Gouvernement », *D.*, 1951, chr., p. 53.

taines données politiques ne sauraient être à l'origine d'une quelconque règle jurisprudentielle autre que celle de l'abstention et de l'immunité contentieuse.

L'évolution de la théorie a marqué la double volonté du juge administratif de limiter et de préciser cette catégorie « d'actes incontrôlables » (33) et, en même temps, d'en maintenir l'existence lorsque « la nécessité de ces actes ne peut être appréciée que par l'homme d'Etat responsable » (34).

L'arrêt Prince Napoléon (35), sans supprimer complètement les actes de Gouvernement, en élimine le critère ancien, excessivement large, tiré du mobile politique, pour y substituer une définition objective (36) ; le mouvement semble s'être partiellement poursuivi par le remplacement progressif de cette définition par une simple liste (37), plus restrictive encore, des actes de Gouvernement ; cependant toutefois que le juge administratif, tant par le vocabulaire employé (38) que par les solutions de fond (39), manifestait clairement sa volonté de ne pas abandonner la construction de l'acte de Gouvernement. Simultanément, la jurisprudence, soucieuse de ne pas heurter de front la puissance politique, mais attentive également aux doléances des requérants, commençait à admettre, sous certaines conditions, une responsabilité de l'Etat du fait des actes de Gouvernement ; le pouvoir politique, dont la liberté d'action était ainsi sauvegardée, se voyait cependant éventuellement condamné à supporter les conséquences financières de son intervention (40).

(33) Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^e édition, 1927, p. 397.

(34) W. Apelt : « L'acte de Gouvernement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne », in *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 634.

(35) C.E. 19 février 1875, Prince Napoléon, *Leb.*, p. 155, concl. David. Sur le critère ancien, cf. C.E. 1^{er} mai 1822, Lafitte, *Leb.*, p. 371.

(36) Celle-ci a d'ailleurs surtout été le fait de la doctrine ; cf. en particulier l'article fondamental de R. Chapus : « L'acte de Gouvernement, monstre ou victime ? », *D.*, 1958, chr. pp. 5 et s. Et également, qui sur ce point rejoint finalement l'analyse de M. Chapus, M. Virally : « L'introuvable acte de Gouvernement », *R.D.P.*, 1952, p. 315 ; également, P. Duez, *Les Actes de Gouvernement*, 1935.

(37) En ce sens, les observations de MM. Long, Weil et Braibant aux « Grands arrêts », sous l'arrêt Prince Napoléon, précité. Cf. aussi les conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Bernard sur l'arrêt C.E. 19 octobre 1962, Brocas, *D.*, 1962, p. 701.

(38) T.C. 24 juin 1954, Barbaran, *S.*, 1955, 3, p. 6 ; C.E. 16 février 1962, Rubin de Servens, *Leb.*, p. 143.

(39) Récemment, C.E. 4 mars 1970, sieur Desdame, *A.J.D.A.*, 1970, p. 694 ; ou plus anciennement, T.C. 2 février 1950, Radiodiffusion française c/ Sté Radio-Andorre, *R.D.P.*, 1950, p. 418, concl. Odent, note Waline ; cf. encore Puisoye : « Etat actuel de la jurisprudence de l'acte de Gouvernement », *J.C.P.*, 1965, I, 1939. Au demeurant, comme le constate L. Favoren, le juge administratif a reçu « l'approbation de principe » du Tribunal des Conflits, notamment dans l'arrêt T.C. 2 février 1950, Radiodiffusion française c/ Sté Radio-Andorre, *S.*, 1950, 3, 73, concl. Odent ; voir L. Favoren : « Le déni de justice en droit public français », *Thèse*, Paris, 1962, L.G.D.J., pp. 190 et s. ; ce dernier auteur développe la thèse d'une « stabilisation » des actes de Gouvernement (*id. loc.*, p. 193).

(40) C.E. 30 mars 1966, Cie générale d'Energie radio-électrique, *R.D.P.*, 1966, p. 774, concl. M. Bernard, et déjà C.E. 26 avril 1963, Laurent, *Leb.*, p. 247, interprété *a contrario* ; cependant, la jurisprudence actuelle n'admet pas que la responsabilité de l'Etat pour ses activités internationales puisse être engagée en dehors du cas des conventions internationales : C.E. 2 mars 1966, Dame Vve Cramencel, *R.D.P.*, 1966, p. 789, concl. M^{me} Questiaux.

Du point de vue de l'attention plus ou moins grande du juge aux données brutes de nature politique, la théorie des actes de Gouvernement apparaît comme dominée par le souci du juge de ne pas entraver l'action du pouvoir politique aussi bien dans l'ordre interne que dans les rapports internationaux (41)

Le respect du juge vis-à-vis du pouvoir politique : le recours au Ministre des Affaires étrangères. — C'est à une volonté analogue de prudence et de réserve qu'obéit le juge administratif en ce qui concerne ses relations avec le Ministère des Affaires étrangères.

Le juge administratif français a toujours dénié sa compétence pour fixer le sens des engagements internationaux signés et ratifiés par l'Etat français, lorsque ceux-ci étaient invoqués devant lui ; l'interprétation d'un traité international relève de la seule compétence du Ministère des Affaires étrangères (42), à titre de question préjudicielle, sauf si le sens de la disposition est clair (43).

Cette grande timidité du juge administratif s'est encore manifestée récemment à propos des Accords d'Evian ; lorsque ceux-ci ont été invoqués devant lui, le Conseil d'Etat a estimé qu'il lui fallait surseoir à statuer jusqu'à ce que le Ministre des Affaires étrangères ait non seulement donné l'interprétation du texte, mais d'abord répondu à la question de savoir si les Accords d'Evian constituaient bien une convention internationale (44) ; pourtant les juridictions judiciaires, confrontées au même problème, avaient estimé la réponse suffisamment évidente pour la donner elles-mêmes (45).

D'une façon générale, cette timidité du juge administratif (46) tranche avec l'attitude de la Cour de Cassation qui accepte d'interpréter les dispositions des traités dans la mesure où il s'agit d'intérêts privés, et qui ne s'adresse au Ministre des Affaires étrangères que lorsque l'interprétation est nécessaire pour résoudre des questions mettant en cause l'ordre public international (47). On

(41) Cf. sur l'ensemble de la question les remarques très pertinentes de D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif français, sa portée et ses limites », *Thèse*, Paris, 1970, multigraphiée, en particulier pp. 46 et s. et l'ensemble du paragraphe intitulé « Les considérations de politiques jurisprudentielles », pp. 41 et s.

(42) Qui possède d'ailleurs à cet effet un service spécialisé du « contentieux et du Conseil d'Etat ». Sur le mécanisme de la demande d'interprétation, cf. encore les conclusions du Commissaire du Gouvernement Letourneur dans C.E. 30 mai 1952, Dame Kirkwood, *R.D.P.*, 1952, pp. 784 et s.

(43) C.E. 26 janvier 1944, Wang Yu Kong, *R.D.P.*, 1945, p. 267 ; C.E. 20 décembre 1963, Secrétaire d'Etat au Commerce intérieur c/ Hurni, *Leb.*, p.

(44) C.E. 27 mars 1968, Moraly, *D.*, 1968, p. 678, note Silvera.

(45) Cf. T.G.I. Seine 19 février 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, 1, 330 ; T.G.I. Riom 2 octobre 1963, *D.*, 1964, somm., p. 63 ; C.A. Paris 21 mai 1965, *D.*, 1965, somm., p. 116. C'est d'ailleurs dans le même sens que se prononçait M. Silvera dans la note précitée (cf. *supra*, note 2) ; c'est la solution qu'avait adoptée le Gouvernement algérien (loi algérienne du 27 mars 1963, portant Code de la nationalité algérienne) ; et c'est la solution que confirmera le Ministère français des Affaires étrangères (cf. C.E. 31 janvier 1969, Moraly, *D.*, 1969, p. 326, note Silvera).

(46) En ce sens, P. de Geouffre de La Pradelle : « Juridiction administrative et droit international », *E.D.C.E.*, 1962, p. 13.

(47) C. Cass. 24 juin 1839, *D.P.*, 1839, 1, 257 ; C. Cass. Ch. Réunies 27 avril 1950, *D.P.* 1950, p. 379. Dans ses conclusions dans l'arrêt C.E. 30 mai 1952, Dame Kirkwood, le Commissaire du Gouvernement Letourneur avait d'ailleurs expressément proposé au Conseil d'Etat d'adopter en ce domaine la jurisprudence de la Cour de Cassation (*R.D.P.*, 1952, p. 788).

a cherché à expliquer cette différence d'attitude (48) par le caractère de « droit public » du contentieux administratif qui, de par sa nature même, dépasserait nécessairement le simple arbitrage entre des intérêts particuliers. L'explication est élégante et non sans portée ; mais ses auteurs eux-mêmes ne se montrent pas très convaincus de son bien-fondé, au point d'accorder leurs regrets à l'interrogation désabusée d'un auteur : « Faut-il accepter sans espoir l'affirmation que pour le juge administratif l'interprétation d'un traité, sur un point contesté, constitue toujours une question préjudicielle ? » (49).

S'agissant de données purement politiques, la méthode du juge est tout entière orientée vers la formulation de règles jurisprudentielles qui visent à préserver la liberté juridique d'action du pouvoir politique (50).

Le juge auxiliaire du pouvoir politique. — Parfois même il faut aller plus loin et retenir que le juge, sur des questions purement politiques, se fait l'auxiliaire du pouvoir politique.

Dans ses conclusions dans une affaire Mogambury (51), le Commissaire du Gouvernement Romieu affirmait la nécessité pour le juge de tenir compte des impératifs du bon fonctionnement des organes constitutionnels dans la définition des règles jurisprudentielles.

C'est une observation analogue que l'on trouve sous la plume de M. B. Gény lorsqu'il affirme que « le juge (administratif) est le délégué-né du législateur, chargé de traduire concrètement sa pensée » (52).

Dans un domaine particulier, au moins, le juge administratif a d'ailleurs accordé au législateur plus que lui-même n'attendait ; on pense ici à la jurisprudence qui admet que la ratification, même implicite, d'un décret-loi par le législateur rend irrecevable un recours en annulation contre ce texte, même si le recours est

(48) Cependant, on a voulu voir la manifestation d'une plus grande énergie du Conseil d'Etat dans un arrêt C.E. 22 octobre 1962, Union régionale d'Algérie de la C.F.T.C., *Gaz. Pal.* du 26/28 décembre 1962 ; comme le remarque M. de Geouffre de La Pradelle : « Juridiction administrative et droit international », précité, p. 27, dans cette affaire, le Conseil, « au lieu de renvoyer, suivant l'usage, par une formule brève, le texte à l'interprète élu, expose minutieusement les différentes interprétations possibles et leurs incidences sur les compétences qu'il exerce au nom du peuple français » : cet exposé « minutieux et si peu habituel » (L. Favoren : « Du déni de justice... », *Thèse précitée*, p. 549) témoignerait de la volonté du juge de se livrer désormais lui-même à l'interprétation des traités.

(49) P. de Geouffre de La Pradelle, *op. cit.*, E.D.C.E., 1962, p. 25.

(50) A ce titre, il faut rapprocher cette jurisprudence de celle qui concerne la ratification des traités et qui limite le contrôle du juge à l'existence de cette ratification (C.E. 18 avril 1951, Election de Nalay, *Leb.*, p. 189) sans s'intéresser à sa validité (C.E. Ass., 16 novembre 1956, Villa, *Leb.*, p. 433).

(51) C.E. 2 décembre 1892, Mogambury, *S.*, 1894, 3, 97, concl. Romieu.

(52) On peut remarquer qu'en retour le législateur accorde bien peu d'attention à la juridiction administrative. Cf. M. Gjidara : « La fonction administrative contentieuse », *Thèse précitée*, t. I, p. 284. Parfois même, le législateur va plus loin, jusqu'à priver de toute portée juridique les décisions du juge administratif ; sur cette pratique des validations législatives et les critiques qu'elle suscite, cf. *supra*, chap. préliminaire de cette partie, et les indications données *infra*, p. 197 et 198.

antérieur à la ratification (53). Cette remarque ne contredit pas ce qui a été dit de l'indépendance du juge administratif vis-à-vis du droit écrit ; car l'attitude du juge n'est pas la même, face à la législation, règle écrite particulière, et face au Parlement législateur ; sans doute la distinction n'a-t-elle juridiquement aucune signification ; mais du point de vue sociologique elle correspond à une réalité très sensible et fait le partage entre le politique et le normatif (54) et (55).

Car, comme le remarque M. Lesage à propos de l'exemple qui vient d'être donné : « l'attitude du Conseil d'Etat ne peut s'expliquer que par un motif politique. Le Conseil désire ne pas paraître se mettre en contradiction avec le législateur, et ne veut pas annuler un décret irrégulier si ce décret a déjà été soumis au législateur » (56).

On pourrait d'ailleurs citer d'autres exemples de cette collaboration très discrète du juge administratif à la liberté d'action du pouvoir législatif (57), et même des égards dont il témoigne pour les simples usages parlementaires (58).

Conclusion sur ce point. — Finalement, s'agissant des données purement politiques, on n'écartera pas la conclusion de Cormenin qui voyait le juge administratif « accoutumé à rapporter ses opérations au mouvement et aux desseins du gouvernement politique » (59) ; simplement il faut peut-être ajouter que cette attitude particulière du juge vis-à-vis des données politiques se traduit essentiellement dans la discrétion des règles du droit jurisprudentiel en ce domaine (60). Et on peut penser que cette discrétion est finalement le dernier mot de l'efficacité (61).

(53) C.E. 6 février 1935, Syndicat du Commerce des vins de liqueurs, *Leb.*, p. 159 ; et, sur l'ensemble de la question, voir *supra*, p. 269. Voir encore Soubeyrol, *Les Décrets-lois sous la IV^e République*, Bordeaux, 1955, p. 200.

(54) Sur l'ensemble de la question des rapports du juge administratif et du Parlement, voir J. Ravanel : « Le Conseil d'Etat et le Parlement », *Thèse*, Grenoble, 1944, multigraphiée.

(55) La prudence du juge administratif vis-à-vis du législatif est rappelée par D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif français », *Thèse* précitée, pp. 148 et s., mais sans que la distinction soit très clairement posée entre le Parlement dans son activité politique et le législateur dans son activité normative ; il est vrai que la distinction n'est guère juridique, et qu'elle correspondrait mal à l'acception large que l'auteur donne finalement du terme « politique ».

(56) M. Lesage : « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice », *Thèse*, Paris, 1960, L.G.D.J., p. 143, qui développe longuement cet exemple.

(57) Cf. J.-M. Auby : « Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958 », *A.J.D.A.*, 1959, I, p. 106.

(58) C.E. 25 juin 1945, Musin, *Gaz. Pal.*, 1945, 2^e sem., p. 104, se réfère ainsi à « un usage parlementaire établi par le législateur » pour justifier la solution consacrée par l'arrêt.

(59) L. de Cormenin, *Questions de droit administratif*, op. cit., t. I, préface, p. VIII.

(60) Cf. la thèse de F. Batailler : « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel », qui, au-delà des termes, ne contredit pas cette proposition.

(61) Ce souci d'efficacité qui conduit à écarter un contrôle qui serait « inutile ou dérisoire » est exprimé dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Henry sur l'arrêt Rubin de Servens, précité, *J.C.P.*, 1962, II, 12613.

§ 2. — *Le juge administratif et la vie administrative*

Le juge est associé à la vie administrative. — Tout autre est l'attitude du juge administratif vis-à-vis des données tirées de la vie administrative.

De par son origine historique et de par sa position en tant que corps, le juge est en effet très proche des réalités de l'action administrative dont il sait, et les nécessités, et les risques éventuels d'abus qu'elle peut présenter (62) ; d'autre part la traduction de ces données en règles de droit ne se heurte pas aux mêmes difficultés qu'en ce qui concerne les données proprement politiques : car si l'action politique tend volontiers à s'affranchir du droit positif, l'action administrative a au contraire besoin du droit qui est une condition de son efficacité.

La méthode du juge, en ce qui concerne l'attention aux réalités administratives dans l'élaboration du droit jurisprudentiel, se situe sous le double signe de l'efficacité de l'action administrative et du respect des droits des administrés (63). L'abondance et la finesse des règles jurisprudentielles en ce domaine s'expliquent par la connaissance particulièrement poussée que le juge a des réalités de l'action administrative.

La bonne connaissance qu'a le juge de la vie administrative. — « Issu par son histoire de l'Administration, le juge administratif en connaît mieux qu'aucun autre les règles de fonctionnement, mais aussi sait s'arrêter au seuil de sa fonction de juge pour ne pas empiéter sur les responsabilités de l'administration active qui ne lui incombent pas » (64). Mais il n'y a pas que l'origine lointaine de la juridiction administrative qui explique la connaissance très sûre que le juge a des données de la vie administrative ; comme le note un observateur étranger (65) : « le droit administratif français est celui d'une juridiction qui demeure, et qui, dans une certaine mesure, s'est insérée elle-même, au sein du travail administratif, qui est confronté avec des changements continuels aussi bien dans les buts que dans les techniques d'une administration moderne, qui apprécie d'une manière vivante la nécessité primordiale de la continuité du service public, et le besoin de donner aux pouvoirs publics la possibilité de remplir leurs tâches essentielles » (66).

(62) L'activité consultative du Conseil d'Etat a également pour effet de la mettre quotidiennement en contact avec les impératifs de la vie administrative et avec ses difficultés ; cf. en particulier à ce sujet les remarques faites par A. Andrieux : « Le rôle consultatif du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 397-398.

(63) Il ne faudrait d'ailleurs pas voir entre ces deux pôles une opposition de principe : la clarté, la stabilité et la légalité de l'action administrative — ou, si l'on préfère, sa moralisation — sont certainement des conditions essentielles de son efficacité. En ce sens, Hamson, *Executive discretion and judicial control : an aspect of the French Conseil d'Etat*, Londres, Stevens and Sons Hd., 1954, 222 p.

(64) Auby et Drago, *Traité du contentieux administratif*, op. cit., t. I, p. 96.

(65) Hamson, *Executive discretion and judicial control : an aspect of the French Conseil d'Etat*, Londres, 1954, op. cit.

(66) Cf. encore les conclusions du Commissaire du Gouvernement Levavasseur de Précourt sur C.E. 11 mai 1883, Chamboredon, *Leb.*, p. 480 : « Nul n'est bon juge de ce qu'il ne connaît, et pour juger l'Administration il faut la connaître...

Exemples sur ce point. — Ainsi dans un arrêt de 1964 (67), éclairé par les conclusions du Commissaire du Gouvernement Rigaud, rendu en matière de délivrance de certificat d'urbanisme, le juge s'est décidé finalement en fonction de considérations de pure politique administrative. Sont également significatives les conclusions du Commissaire Galabert dans l'arrêt Allegretto (68), qui se propose un revirement partiel de jurisprudence qu'après avoir longuement expliqué « la tolérance » de l'administration active à cette modification du droit positif. Au besoin d'ailleurs le juge, lorsqu'à propos d'une affaire particulière, il s'estime imparfaitement informé sur le comportement de l'Administration, n'hésite pas à solliciter de cette dernière les explications qui lui manquent (69), voire à réclamer la production du dossier administratif (70) ; le caractère inquisitorial de la procédure administrative apparaît alors comme un moyen utilisé par le juge de rester en contact étroit avec les données de la vie administrative (71).

Finalement, au-delà des critiques de détail qui lui sont parfois adressées (72), il faut admettre que le juge administratif a une connaissance particulièrement poussée et particulièrement fine des données de la vie administrative (73). Cette présence du juge à la vie administrative explique d'ailleurs que l'on s'interroge parfois sur sa situation exacte à l'égard de l'administration.

Les rapports de l'administration active et du juge. — Sans exagérer l'importance pratique de la question il est significatif que de nombreuses voix se soient accordées pour présenter le Conseil d'Etat comme le supérieur hiérarchique de l'Administration ; ainsi pour le Commissaire du Gouvernement Teissier « la mission (du Conseil) apparaît plus comme un contrôle administratif supérieur exercé *a posteriori* en la forme judiciaire, que comme un contentieux à proprement parler » (74). Un an plus tard, le Commissaire du Gouvernement Chardenet est plus explicite encore ; « Vous qui êtes

L'Administration est un monde complexe dont la connaissance requiert une étude particulière et que nul ne peut comprendre, donc connaître, s'il ne l'a étudiée et vu vivre dans son fonctionnement concret. » (Cité par F.-P. Benoit : « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *J.C.P.*, 1964, I, 1838, n° 39). Déjà, dans son rapport à l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif au Conseil d'Etat, en 1849, Vivien évoquait « ces connaissances pratiques de l'Administration que doit avoir le juge de celle-ci ».

(67) C.E. 10 juillet 1964, Min. de la Construction c/ Duffaut, *D.*, 1964, p. 722, concl. Rigaud.

(68) C.E. 13 juillet 1967, Allegretto, *D.*, 1968, p. 47, concl. Galabert. L'attitude du juge à cet égard n'est d'ailleurs pas nouvelle ; cf. par exemple l'attention que le Commissaire du Gouvernement Levavasseur de Précourt, dans ses conclusions sur un arrêt C.E. 25 juillet 1884, Rabourdin, a accordée aux impératifs tirés des manœuvres militaires et à leurs limites (*S.*, 1886, 3, 27).

(69) C.E. 28 mai 1954, Barel, *Leb.*, p. 308, concl. Letourneur ; précédé par C.E. 1^{er} mai 1936, Couespel du Mesnil, *Leb.*, p. 485 ; et depuis, C.E. 30 juin 1959, Grange, *Leb.*, p. 85, concl. Chardeau ; C.E. 26 octobre 1960, Rioux, *Leb.*, p. 558, concl. Chardeau.

(70) Cf. encore T.A. Marseille, Conseil régional de l'Ordre des Pharmaciens c/ Min. de la Santé publique, 10 juillet 1968 (non publié).

(71) Auby et Drago, *Traité du contentieux administratif*, *op. cit.*, n. 1309.

(72) M. Le Clère dénonce ainsi l'éloignement du juge des réalités administratives en matière de passation de marchés publics (*Le Clère, Rev. Adm.*, 1958, pp. 159-160, *op. cit.*).

(73) Cf. encore H. Puget : « Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 124-125.

(74) C.E. 5 juin 1908, Marc, *S.*, 1909, 3, 120, concl. Teissier.

appelés à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives... » (75). Déjà Cormenin voyait dans le Conseil d'Etat « le supérieur de l'administration active » (76).

Sans prétendre ici reprendre une discussion, qui d'ailleurs est un peu passée de mode, on remarquera simplement que l'activité du juge étant pas définition de caractère juridictionnel, et s'interdisant tout ce qui serait injonction à l'administration active, ce n'est que par un abus de langage qu'elle est parfois assimilée à un supérieur hiérarchique ; mais l'utilisation des termes reste par elle-même significative.

La liberté de l'action administrative respectée par le juge. — Informé des données de la vie administrative, le juge doit également tenir compte des limites que ne saurait dépasser son intervention jurisprudentielle sous peine de voir les règles nouvelles rester lettre morte.

Ce n'est pas là une simple hypothèse d'école. Ainsi, par exemple, le Conseil d'Etat ayant annulé pour partie un décret du 27 juin 1955 en matière de sécurité sociale (77), une circulaire du Ministre du Travail et de la Sécurité sociale du 3 juillet 1961 invite les organismes de sécurité sociale « à s'en tenir aux dispositions applicables antérieurement à l'intervention de l'arrêt du Conseil d'Etat » (78). L'annulation d'un décret du 29 septembre 1959, relatif au calcul des honoraires des architectes chargés de travaux publics (79) n'a pas eu plus de portée, puisque les dispositions annulées ont été reprises par une circulaire n° 568 du 4 novembre 1963 signée des Ministres de l'Intérieur et des Finances (80).

En outre le juge ne saurait oublier que si l'administration estime ses interventions trop brutales, elle aura tendance à faire appel au législateur de façon de plus en plus systématique, soit *a priori*, soit par le mécanisme des validations législatives (81). Dans d'autres cas, enfin, l'administration opposera simplement à l'autorité de la

(75) C.E. 19 février 1909, abbé Olivier, S., 1909, 3, 34, concl. Chardenet.

(76) D'après R. de Lacharrière : « Cormenin, politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif », Paris, L.G.D.J., 1941, préface Bonnard, p. 8. Cf. encore la formule employée par Aucoc dans ses conclusions dans C.E. 13 mars 1867, Bizet, S., 1868, 2, 91.

(77) C.E. 10 mai 1961, Fédération nationale des Malades Infirmes et Paralysés, *Leb.*, p. 177.

(78) *Rev. Séc. Soc.*, n° 127, p. 4 ; sur l'ensemble de cette question, cf. J.-C. Groslière : « L'Administration et les juges », *D.*, 1966, pp. 4 et s.

(79) C.E. 30 janvier 1963, Caubert de Cléry et autres, *A.J.D.A.*, 1963, II, p. 309 et la note.

(80) *Moniteur des Travaux publics*, 23 novembre 1963, p. 122.

(81) Cf. Bidou : « L'Administration applique-t-elle les décisions du juge administratif ? », *Vie judiciaire*, 1963, n° 902 ; les exemples cités par Négrin : « Le Conseil d'Etat et la vie publique », *op. cit.*, pp. 136, 137 et 150 ; concl. Braibant sur C.E. 1^{er} juillet 1960, Fnoss et Fradin, *D.*, 1960, p. 692 ; concl. Dutheillet de Lamothe sur C.E. 1^{er} décembre 1961, Lacombe, *D.*, 1962, p. 89 ; M. Lesage : « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice », *op. cit.*, et la préface de R. Drago ; cf. encore *E.D.C.E.*, 1960, p. 227 ; les exemples donnés par A. Lefas, *E.D.C.E.*, 1958, pp. 86 et s. ; par G. Braibant : « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *E.D.C.E.*, 1961, p. 63 ; *E.D.C.E.*, 1962, pp. 128 et 178 ; C.E. 28 avril 1958, époux Bellair, *Leb.*, p. 239 ; C.E. 10 octobre 1959, dame Boutant, *Leb.*, p. 145 ; P. Weil, *J.-Cl. Administratif*, fasc. 665, mai 1963, n° 51, p. 29 ; et surtout P. Weil : « Les conséquences de l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir », *Thèse*, Paris, 1952.

chose jugée l'inertie et le refus d'exécution ou le mauvais vouloir manifeste (82).

Tout ceci fait fort peu pour le prestige du juge et, partant, pour l'autorité de son intervention, particulièrement lorsque celle-ci s'exerce pour la défense des droits des administrés (83) ; aussi le juge est-il attentif à en limiter au maximum les exemples (84).

La conséquence en est simple : « si donc le juge administratif doit être parfaitement impartial, au sens exact du terme, il ne peut considérer que l'autorité administrative et le particulier qui lui font face doivent être traités comme juridiquement égaux, car ce serait une erreur et une injustice que de traiter pareillement deux plaideurs aussi différents » (85).

Telles sont semble-t-il les considérations fondamentales qui dominent la méthode du juge administratif lorsqu'il fait des données de la vie administrative la source matérielle des règles jurisprudentielles qu'il dégage et incorpore au droit positif.

Exemples sur ce point. — Reste maintenant à donner quelques exemples particuliers (86) qui montreront comment le juge administratif s'efforce de « réaliser à tous moments et pour tous les cas un juste équilibre entre les droits de l'administration et les droits de l'administré » (87).

C'est sans doute dans le contentieux de l'excès de pouvoir que la

(82) Cf. S. Laby : « L'inexécution par l'Administration des décisions du juge administratif », *Droit ouvrier*, 1963, p. 250 ; Bidou, *Vie judiciaire*, 1963, n° 902 ; C.E. 31 mai 1957, Rosan Girard, *Leb.*, p. 355 ; C.E. 17 février 1950, Min. de l'Agriculture c/ dame Lamotte, *R.D.P.*, 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline ; et, plus subtilement, C.E. 24 janvier 1902, Dlle Nouailher, *Leb.*, p. 41 ; les remèdes sont de natures diverses : C.E. 23 novembre 1906, Bichambis, *Leb.*, p. 854 ; T.C. 17 juin 1948, Manufacture de velours et peluches, *Leb.*, p. 513 (condamnation sous astreinte) ; C. Même : « L'intervention du juge administratif dans l'exécution de ses décisions », *E.D.C.E.*, 1968, p. 4, qui constitue un rapport sur l'activité de la Commission créée par le décret du 20 juillet 1963. Sur cette Commission elle-même, cf. R. Drago : « La réforme du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1963, p. 524 ; voir encore M. Waline : « La résistance de l'Administration contre les décisions contentieuses du Conseil d'Etat », *R.D.P.*, 1951, p. 478 ; « Le mauvais vouloir manifeste de l'Administration », *R.D.P.*, 1963, p. 279 ; note sous C.E. 10 avril 1964, Clinique du Chablais, *R.D.P.*, 1964, p. 795 ; cf. encore un arrêt récent C.E. 22 octobre 1969, dame Varnier, *A.J.D.A.*, 1970, p. 247. Le « mauvais vouloir » de l'Administration est souvent à l'origine de questions parlementaires ; voir par exemple : *J.O. Déb. A.N.*, 14 août 1959, p. 1545 ; *J.O. Déb. A.N.*, 31 juillet 1965, p. 3019 ; *J.O. Déb. A.N.*, 21 février 1963, p. 2304 ; *J.O. Déb. Sénat*, 16 mars 1960, p. 247.

(83) Cf. l'article fondamental de J. Rivero : « Le Huron au Palais-Royal », *D.*, 1962, p. 37.

(84) On a déjà mentionné l'inquiétude que le juge manifeste parfois de la « tolérance » de l'Administration à la règle nouvelle qu'il voudrait adopter. Concl. Galabert, sur C.E. 13 juillet 1967, Allegretto, *D.*, 1968, p. 47.

(85) F.-P. Benoit : « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *J.C.P.*, 1964, I, 1838, n° 39. Dans le même sens, A. Hauriou, in *Mélanges Trotaas*, pp. 219-220, qui montre que le Conseil d'Etat ne met pas sur le même pied l'Administration et l'administré.

(86) Il est indispensable sur ce point de se référer à la magistrale étude de M. Waline : « L'action du Conseil d'Etat dans la vie publique française », in *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 131 à 140, en particulier pp. 134 et 135 ; en quelques lignes auxquelles on ne saurait prétendre ajouter, sont rappelées à la fois l'évolution des données sociales, et en particulier des impératifs de la vie administrative, et la transformation corrélative du droit jurisprudentiel.

(87) M. Letourneur : « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *E.D.C.E.*, 1962, pp. 51 et s., p. 62 ; cf. encore M. Waline : « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration », *E.D.C.E.*, 1956, p. 25.

recherche de ce « point d'équilibre », pour reprendre l'expression de M. Letourneur (88), est la plus évidente ; car, comme le fait remarquer cet auteur il ne suffit pas d'affirmer que le juge de l'excès de pouvoir est juge de la légalité de l'action administrative, tandis que l'administration reste maîtresse de l'opportunité de celle-ci ; ce qui est essentiel c'est de déterminer précisément le contenu et les limites de chacun de ces termes ; or « celui-ci est essentiellement variable..., et varie avec l'état des habitudes sociales » (89). On sait que, d'une façon générale, l'évolution a été marquée à la fois par la multiplication et la diversification des interventions de l'administration, cependant que la tendance favorable à un contrôle juridictionnel de ces activités s'affirmait ; la jurisprudence administrative n'est pas restée insensible à cette double évolution des comportements et des idées, et a cherché à accroître les garanties des citoyens, notamment en adoptant une conception plus large de la légalité, et en restreignant corrélativement celle de l'opportunité (90).

L'évolution, déjà ancienne, des règles jurisprudentielles relatives au contrôle des motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir en est une manifestation des plus nettes. Le célèbre arrêt Gomel (91) décide du contrôle par le juge de la qualification des faits retenue par l'administration ; puis ce contrôle est étendu à la matérialité des faits (92) ; surtout le Conseil d'Etat finit par considérer l'exactitude matérielle des faits ayant motivé une décision comme une condition générale de la légalité de l'acte, en dehors même de toute obligation de motiver ou des hypothèses de compétence liée (93) ; c'était nécessairement considérer implicitement comme un élément de la légalité, la possibilité pour le juge de vérifier l'exactitude matérielle des faits invoqués (94).

La conclusion à laquelle on aboutit peut se réclamer de la haute autorité de M. Vedel : « il faut redire que, pour être intellectuellement nettes, les notions de légalité et d'opportunité... se chevauchent parfois en fait et que leur délimitation dépend souvent du désir du juge d'exercer un contrôle plus ou moins étendu » (95) ; il n'y a

(88) M. Letourneur, *op. cit.*, *id. loc.*, *E.D.C.E.*, 1962, p. 51.

(89) M. Letourneur, *op. cit.*, *id. loc.*, *E.D.C.E.*, 1962, p. 51.

(90) Cf. « Hommage rendu au Président Rouchon-Mazerat », *E.D.C.E.*, 1953, pp. 49 et s., qui rend compte de ce mouvement particulièrement résolu entre 1940 et 1952 ; puis, pour la période postérieure, cf. M. Letourneur, *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1962, pp. 51 et s. ; cf. encore l'ouvrage de Hamson, *Executive discretion and judicial control : an aspect of the French Conseil d'Etat*, *op. cit.*, trad. fr., 1958. Il faut en rapprocher le peu d'enthousiasme du juge à admettre la substitution de motif, puisque le motif invoqué par l'Administration est inopérant ; l'exemple le plus net en est fourni par l'arrêt C.E. 24 juin 1960, Sté Frampar et autres, *Leb.*, p. 412, concl. Heumann, dans lequel la Haute Juridiction a refusé de suivre son Commissaire du Gouvernement qui proposait de substituer à la base légale invoquée par l'Administration les dispositions de la loi du 16 mars 1956 sur les pouvoirs spéciaux en Algérie.

(91) C.E. 4 avril 1914, Gomel, *S.*, 1917, 3, 25, note Hauriou.

(92) C.E. 14 janvier 1916, Camino, *Leb.*, p. 15.

(93) C.E. 20 janvier 1922, Trépont, *R.D.P.* 1922, p. 81, concl. Rivet.

(94) Cf. sur toute cette question G. Vedel, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 525 et s.

(95) G. Vedel, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 528-529. De la même façon, pour M. de Laubadère : « Le titre de gloire du recours pour excès de pouvoir est l'audace et même l'indiscrétion avec laquelle le Conseil d'Etat a fait pénétrer son contrôle et sa censure dans l'examen de la décision administrative. » (A. de Laubadère : « Réflexions sur la crise du droit administratif français »,

rien à ajouter ; sinon peut-être que, dans le cadre de la présente étude, il est important de comprendre exactement que ce que M. Vedel appelle « le désir » du juge n'est en réalité que la force contraignante des réalités administratives qu'à chaque époque le juge incorpore au droit qu'il crée : protection accrue des administrés d'une part, contrôle général sur l'action administrative, sauvegardant cependant son efficacité d'autre part.

D'autres exemples (96), brièvement rappelés, mettront encore en lumière l'importance que le juge attache à l'évolution des données de la vie administrative dans la création des règles de la jurisprudence.

Ainsi la jurisprudence relative à la création de services industriels et commerciaux par les communes a-t-elle toujours voulu être la traduction fidèle des impératifs de la vie administrative. Totalement négative au départ — impossibilité pour une commune d'organiser une activité commerciale, sauf « circonstances exceptionnelles » (97), — la jurisprudence ne se rallia d'abord qu'à demi à l'orientation définie par le législateur par le décret du 28 décembre 1926, préférant sans doute aux termes de la loi, l'analyse immédiate des données brutes qui ne lui semblaient pas s'être modifiées (98) ; cependant « l'évolution économique et l'évolution générale de l'esprit public à l'égard des interventions des communes firent ce que n'avait pu faire le décret de 1926, et amenèrent le Conseil à assouplir considérablement la jurisprudence à partir de 1933 » (99). Aujourd'hui, en admettant qu'une commune puisse légalement organiser une consultation juridique gratuite pour ses administrés (100), le Conseil d'Etat ne fait que tirer les conséquences juridiques de cette évolution des idées relatives à l'action administrative (101).

On pourrait encore mentionner l'attitude d'économie du juge qui se considère un peu comme le gardien des deniers publics aux côtés de l'administration (102) ; ou bien la faculté que le juge se reconnaît parfois de substituer ses motifs à ceux, illégaux, de

D., 1952, chr., p. 7). Hauriou, dans ses observations sous les arrêts Gomel et Didier, précités (*S.*, 1917, 3, 25), allait plus loin encore et montrait de façon éclairante comment ce développement du contrôle du juge de l'excès de pouvoir assurait le respect par l'Administration de cette « morale qui est plus étendue que le droit ». Cf. *supra*, p. 199, n. 91.

(96) On pourrait y ajouter l'exemple de la jurisprudence en matière d'épuration administrative qui, selon un auteur, « se fonde avant tout sur un sens aigu des contingences administratives » en même temps qu'elle veille au respect des droits de la défense (B. Gény : « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 227 et s., en particulier pp. 287-288). C'est souvent également sur le terrain de la jurisprudence en matière de fonction publique que la sensibilité du juge aux données de la vie administrative suscite le plus d'admiration. Cf. M.-Ch. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 99.

(97) C.E. 29 mars 1901, Casanova, *S.*, 1901, 3, 73, note Hauriou.

(98) C.E. 30 mai 1930, Chambre syndicale du Commerce en détail de Nevers, *Leb.*, p. 583.

(99) C.E. 24 novembre 1933, Zénard, *S.*, 1934, 3, 105, concl. Detton, note Mes-tre ; cf. Long, Weil et Braibant, *Les grand arrêts...*, observations sous l'arrêt C.E. 30 mai 1930, Chambre syndicale du Commerce en détail de Nevers.

(100) Cf. *Le Monde* du 29 décembre 1970, arrêt rendu sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement Kahn.

(101) Cf. encore C.E. 17 avril 1964, Commune de Merville-Franceville, *A.J. D.A.*, 1964, p. 304 et p. 288, chr. Fourré et Puybasset.

(102) Cf. *supra*, pp. 182 et s.

l'administration, écartant ainsi l'annulation de l'acte attaqué (103), ou bien encore le fait que le juge accepte parfois de dispenser l'administration d'une partie des conséquences juridiques qu'implique normalement son intervention (104) et (105).

Eléments de conclusion sur ce point. — M. Latournerie écrit que « parmi les données qui laissent leur trace dans la jurisprudence du Conseil d'Etat... il en est une qui exerce sur cette jurisprudence une influence très appréciable. C'est celle qui a trait aux raisons pratiques de bonne administration qui plaident en faveur de telle ou telle solution » ; et le savant auteur précise : « si pauvre figure que puisse faire, aux yeux de certains idéalistes, une donnée si modeste en apparence, et bien qu'il soit très rare qu'elle se manifeste extérieurement en tant que telle, dans les décisions du Conseil d'Etat, elle n'en est jamais absente » (106). Un autre auteur nous affirme que « la principale partenaire du Conseil d'Etat est l'administration active », et que celui-là est « tout entier tourné » vers celle-ci : « Strict à son égard, il est simultanément son conseiller, et ne doit pas la heurter de front » (107). La remarque en avait déjà été faite par Hauriou qui considérait comme « un aspect pratique très sérieux », « les habitudes des bureaux » (108).

Pendant il serait inexact de penser que cette grande attention du juge aux réalités administratives, et la bonne connaissance qu'il en a, excluent absolument toute possibilité d'opposition entre lui-même et l'administration active ; toutefois les exemples qu'on peut donner sur ce point (109) concernent en général plus une espèce particulière que véritablement une règle jurisprudentielle à portée générale.

L'attitude prudente et de réserve du juge administratif lorsqu'il s'agit de la traduction des données politiques en règles jurisprudentielles, devient détermination et effectivité lorsqu'il s'agit des données de la vie administrative : c'est qu'alors il s'agit d'un domaine dont le juge a par lui-même une bonne connaissance technique, et dans lequel il sait que son intervention est nécessaire pour la protection des droits des administrés et nécessaire aussi, en dernière analyse, à l'action administrative.

(103) Cf. les exemples cités par M. Letourneur : « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *E.D.C.E.*, 1962, p. 54.

(104) C.E. 3 décembre 1954, Caussidery, *Leb.*, p. 540.

(105) Cf. par exemple C.E. 29 janvier 1960, *Leb.*, p. 70 ; puis C.E. 24 novembre 1961, *Leb.*, p. 658 ; et enfin C.E. 22 avril 1966, Fédération nationale des Syndicats de Police de France et d'Outre-Mer, *A.J.D.A.*, 1966, p. 355, concl. Galmot. Ou bien C.E. 27 octobre 1961, Bréart de Boisanger, *Leb.*, p. 595, et C.E. 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, *D.*, 1962, p. 664.

(106) M. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 189, et les exemples cités, en particulier la répartition des compétences à l'intérieur de la juridiction administrative. Voir aussi l'exposé plus dogmatique des pp. 248 et 249, *id. loc.*

(107) M.-Ch. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 97.

(108) Hauriou, note sous C.E. 11 juillet 1919, Chemin de Fer du Midi c/ Min. des Travaux publics, *S.*, 1921, 3, p. 1.

(109) Cf. encore les conclusions du Commissaire du Gouvernement Laurent dans C.E. 18 mars 1955, Hamou Ben Brahim, *R.J.P.U.F.*, 1955, p. 405, note Flory ; et les exemples donnés par J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, *op. cit.*, t. I, pp. 148 et s.

Section II. — Le juge administratif et les exigences de l'évolution sociale

Plan de la Section. — D'une façon générale, il faut admettre que le juge a des données éthiques d'une part et des données techniques et économiques d'autre part une connaissance moins directe. Des premières il a la sensibilité de tout honnête homme qui considère les principales règles morales qui dominent son époque ; des secondes il n'a en général qu'une connaissance indirecte, par le relais d'experts ou de techniciens, qui l'éclairent sur l'évolution technique ou économique.

Appartenant les unes et les autres à des domaines que le juge connaît moins directement que celles qui concernent la bonne marche de l'Etat, les données éthiques de la jurisprudence d'une part (§ 1^{er}) et les données techniques et économiques d'autre part (§ 2) n'en exigent pas moins deux examens successifs.

§ 1^{er}. — Le juge administratif et les données éthiques

Données éthiques et mouvements d'opinion. — La question a été souvent posée de savoir si le juge administratif français accordait une attention directe aux idéologies, aux considérations éthiques qui dominent chaque époque (110) ; et, dans la mesure où cette première question recevait une réponse affirmative, c'est l'attachement du juge aux principes du libéralisme qui était mis en avant (111).

En réalité la question tout entière semble être commandée par une distinction d'ailleurs plus intuitive que facile à appliquer : parmi les données brutes le juge accorde une attention particulière à certaines considérations éthiques ; mais il veille à ne jamais les confondre avec les mouvements plus contingents de l'opinion. Cette distinction se retrouve sous la plume de M. Latournerie qui écrit que si « le juge ne peut négliger les idéologies en tant que celles-ci pétrissent plus ou moins le réel » (112), il refuse absolument de « s'abandonner à l'arbitraire et à la versalité de l'opinion » (113) ; et le savant auteur reconnaît au juge la sagesse « de ne pas confondre avec les fièvres occasionnelles, avec les spasmes et les soubresauts des émotions superficielles, le signe des mutations profondes » (114).

« Tout le problème est donc, pour le juge, au moins pour le juge de droit public, de vivre dans le siècle, d'agir en séculier, sans cependant oublier que, conjointement, il est, et même avant tout, l'homme de la règle » (115). Sans doute cette distinction n'est-elle

(110) Cf. J. Rivero : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chr., p. 21. Sur l'influence des idéologies sur le juge judiciaire, cf. P. Roubier, Rapport présenté à la Semaine internationale du Droit.

(111) Sur cette réponse classique, cf. l'examen attentif qu'en fait D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif », *Thèse précitée*, pp. 238 et s.

(112) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 262.

(113) R. Latournerie, *op. cit.*, p. 250.

(114) R. Latournerie, *op. cit.*, *id. loc.*

(115) R. Latournerie, *op. cit.*, p. 262.

pas, en général, d'utilisation facile *a priori* (116), il reste qu'elle correspond à la réalité et explique à la fois les reproches de conservatisme qui sont parfois faits au juge administratif, et l'incorporation à la jurisprudence de certaines règles tirées de considérations éthiques.

L'indifférence relative du juge aux mouvements de l'opinion en effet a parfois été interprétée comme une manifestation de son esprit conservateur ; le juge serait attentif à certaines données éthiques, mais il ne retiendrait pour l'élaboration de la règle jurisprudentielle que les plus vérifiées, les plus connues de celles-ci, c'est-à-dire finalement les plus anciennes sinon les plus périmées ; le juge, sur ce chapitre, serait ainsi toujours en retard sur l'époque, et plus attaché à rappeler le passé qu'à accompagner l'évolution.

A ces conclusions, deux objections peuvent être faites. En premier lieu le conservatisme du juge est parfois un conservatisme « fonctionnel », dans la mesure où sa mission n'est pas d'abord une mission normative mais celle de l'exécution de l'ordre déterminé par l'autorité législative ou réglementaire. Surtout, parler de conservatisme du juge en ce domaine, c'est opter implicitement pour la précarité et la modification constante des données éthiques ; si, au contraire, on admet que celles-ci se caractérisent par une certaine permanence, il est parfaitement légitime que le juge ne les incorpore au droit positif qu'après avoir vérifié leur caractère durable. Or le fait qu'ait pu être adoptée ici une conception stricte des données éthiques, dégagées des données politiques, administratives ou socio-économiques milite en faveur de la permanence relative des premières, puisqu'indépendantes des modifications qui marquent les secondes.

De ce reproche de conservatisme, il semble donc honnête de ne retenir que l'expression de l'attachement général du juge administratif à la tradition (117), et le refus de considérer comme source matérielle du droit les mouvements changeants de l'opinion, au bénéfice des seuls principes établis.

Exemples d'influence de ces données. — Une fois admise la référence directe du juge de droit public à certains principes éthiques sous la double condition de leur relative ancienneté et de leur permanence, il convient de donner quelques exemples de l'incorporation de ces données au droit jurisprudentiel (118).

(116) Cf. H. Puget : « Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat, op. cit.*, pp. 109 et s.

(117) Cf. H. Puget : « Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat, op. cit.*, pp. 109 et s. D'une façon générale, on peut d'ailleurs remarquer que le juge administratif aime bien les références historiques qui vont parfois jusqu'à l'érudition, même quand elles sont finalement assez indifférentes à la solution du litige ou à la création d'une règle jurisprudentielle ; cf. par exemple les conclusions du Commissaire du Gouvernement Gomel sur C.E. 28 mars 1885, Languellier, S., 1886, 3, 61, qui se réfère au règne d'Henri IV.

(118) Cf. R. Charlier : « Les fins du droit public moderne », *R.D.P.*, 1947, pp. 127 et s. ; l'auteur, plus ambitieux, y propose pour sa part une sorte de classification exhaustive des « fins du droit public ». Remarquons cependant que cette liste ne concerne pas le seul droit jurisprudentiel, et surtout qu'elle se situe au niveau des finalités des règles de droit, et non de leur origine, de leur création.

La référence la plus large concerne certainement les « Principes de la Révolution française » dont le Conseil d'Etat affirme volontiers qu'il est « le gardien » (119) ; la formulation est parfois un peu différente, qu'il s'agisse « des libertés et des principes de la démocratie française » (120), de « la défense des libertés fondamentales » (121), de la « tradition républicaine » (122), ou encore de « la protection des droits de l'homme » (123). Sans attacher à la terminologie employée plus d'importance qu'il ne convient, on constate ici l'attachement du juge, dans la création du droit jurisprudentiel, à quelques grands principes qui ne sont pas d'abord de nature politique, mais qui constituent véritablement la charte sociale d'une Nation, qui sont comme « la morale de groupe » de celle-ci (124) ; il ne faut pas se dissimuler non plus qu'au-delà des termes employés, le juge n'a pas été insensible à la transformation très progressive mais réelle de ces « principes » et qu'il a su refléter dans la jurisprudence l'influence de cette « critique faite par la démocratie » dont parle Hauriou (125).

Finalement il y a là un ensemble des données éthiques, dont il serait d'ailleurs inexact d'exagérer la fixité, auxquelles le juge accorde une attention particulière, au point de les incorporer, parfois expressément, aux règles du droit jurisprudentiel.

Cette première constatation gagnera à être complétée par deux exemples précis (126).

L'idée d'égalité a toujours reçu l'adhésion du juge administratif dont la jurisprudence manifeste l'importance qu'il y attache ; simplement le contenu de cette donnée morale s'est modifié au cours des années : s'élargissant par certains aspects : égalité des sexes par exemple (127), il a au contraire eu tendance à céder devant les impératifs de l'interventionnisme économique dans

(119) R. Cassin : « Le Conseil d'Etat, gardien des principes de la Révolution française », in *Rev. internationale d'Histoire politique et constitutionnelle*, 1951, p. 57.

(120) R. Cassin : « Discours devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat », prononcé le 23 décembre 1944.

(121) J. Rivero, *Le Monde* du 31 octobre 1962.

(122) L'exemple le plus célèbre en est sans doute l'avis du 6 février 1953, dans lequel le Conseil d'Etat déclare se référer « à la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 ». Le Président Romieu avait déjà accordé la même attention à la tradition républicaine dans ses conclusions successives sur C.E. 19 février 1904, Chambre syndicale des Fabricants Constructeurs de matériel pour chemins de fer, S., 1906, 3, 75, et C.E. 4 mai 1906, Babin, S., 1908, 3, 11.

(123) J. Donnedieu de Vabres : « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives », *E.D.C.E.*, 1949, p. 32.

(124) Pour un examen plus complet de ces options éthiques du juge, cf. D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif », *op. cit.*, pp. 250 et s.

(125) Hauriou, note sous C.E. 29 février 1908, Feutry, S., 1908, 3, 97.

(126) On peut aussi renvoyer ici à la lecture des conclusions du Commissaire du Gouvernement Aucoc sur C.E. 13 mars 1867, Bizet, S., 1868, 2, 91 ; le Commissaire du Gouvernement y montre clairement que toute la construction jurisprudentielle de recours pour excès de pouvoir est inspirée à la fois par des considérations de politique administrative et par des considérations morales.

(127) C.E. 3 juillet 1936, Dlle Bobard, *R.D.P.*, 1938, p. 685, concl. Latournerie, rendu à une époque où l'évolution des idées était favorable à cette nouvelle conquête de l'égalité, à laquelle invitait d'ailleurs la présence au même moment d'une femme à des fonctions de Gouvernement.

d'autres cas (128). La jurisprudence, tout en affirmant la permanence du principe, a suivi cette évolution (129).

Le second exemple sera tiré d'une des mésaventures particulières qu'a subies, à une certaine époque, le principe d'égalité ; le régime de Vichy ayant en effet mis en place toute une législation inspirée des principes de discrimination raciale, le Conseil d'Etat se trouva face à un double dilemme : d'un côté la volonté du législateur, de l'autre la jurisprudence antérieure ; d'un côté l'option pour la discrimination raciale, de l'autre, la promotion progressive et l'affirmation du principe d'égalité. D'une façon générale, le juge opta pour la sauvegarde de l'égalité dans la ligne de sa jurisprudence antérieure (130) ; par là-même il donnait le pas à une donnée brute particulière, du domaine de la morale, sur la volonté exprimée du législateur (131).

Mode d'expression de ces données par le juge. — La dernière remarque qui peut être proposée dans le cadre de ce paragraphe concerne le mode d'expression des données éthiques dans la jurisprudence administrative.

On s'accorde en général à admettre que les principes généraux du droit constituent le mode d'expression privilégié des données morales que le juge entend incorporer au droit positif (132) ; et en effet certains principes comme celui de l'égalité devant les charges publiques, complété par celui de l'égal accès de tous aux services publics, semblent bien être la traduction jurisprudentielle immédiate de la règle de morale collective que constitue l'égalité.

Simplement il paraît utile de faire remarquer que, dans certains cas, le juge n'utilise pas le relais des principes généraux du droit et adopte directement une règle particulière inspirée par la considération de certaines données brutes. L'exemple qui vient à l'esprit et que l'on proposera ici est celui de la réglementation jurisprudentielle du droit de grève ; la succession des règles jurisprudentielles en ce domaine, de l'interdiction de principe de l'arrêt Winkell (133) au contrôle juridictionnel auquel se rallie l'arrêt Dehaene (134) est sans doute inspirée par des considérations de

(128) Ou même parfois, sans cette justification, cf. l'espèce curieuse C.E. Sect. 25 avril 1964, Sté anonyme de Livraisons industrielles et commerciales, *D.*, 1964, p. 665, note Debbasch.

(129) Cf., sur l'ensemble de la question, P. Delvolvé : « Le principe d'égalité devant les charges publiques », *Thèse*, Paris, 1966, *op. cit.*

(130) Ainsi, C.E. 9 juillet 1943, Ferrand, *Leb.*, p. 176 ou C.E. 21 janvier 1944, Darmon, *Leb.*, p. 22, sont-ils la continuation exacte de C.E. 27 mars 1936, Association culturelle israélite de Valenciennes, *Leb.*, p. 383 ; dans le premier cité de ces arrêts, le Conseil d'Etat a annulé un arrêté préfectoral obligeant les voyageurs à indiquer leur religion sur leur fiche d'hôtel ; dans le dernier cité, il avait annulé un arrêté municipal prescrivant l'adoption dans les abattoirs d'un mode unique d'abattage qui conduisait à interdire l'abattage suivant les rites du culte israélite.

(131) Sur l'ensemble de la question, voir Bouffandeau : « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution », *E.D.C.E.*, 1947, p. 23.

(132) Telle semble bien être en particulier l'opinion, quoique implicite, de D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif », *op. cit.*

(133) C.E. 7 août 1909, Winkell, *S.*, 1909, 3, 145, concl. Tardieu, note Hauriou.

(134) C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, *R.D.P.*, 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline.

politique administrative (135), mais il faut y voir également l'incorporation par le juge au droit positif d'une donnée éthique particulière : la reconnaissance par le sentiment public de la légitimité de la grève (136) ; en l'espèce le juge s'est indéniablement inspiré de considérations de morale sociale dans la définition d'une nouvelle jurisprudentielle (137), et il l'a fait sans aucune référence à un principe général du droit.

Conclusion sur ce point. — En conclusion il semble conforme à la réalité de comprendre la référence du juge à certaines données éthiques comme une sorte de toile de fond qui domine l'ensemble de son activité jurisprudentielle et qui ne se manifeste pas seulement dans les principes généraux du droit, même si elle y trouve son mode d'expression privilégié.

Mais, quittant les hauteurs, il faut maintenant venir à l'examen d'une autre catégorie de données qui possèdent ceci de commun avec les données morales que le juge n'en a pas une connaissance technique particulièrement différente de celle de tout un chacun (138). Il s'agit des données techniques et économiques.

§ 2. — *Le juge administratif et les données techniques et économiques*

Connaissance qu'a le juge de ce type de données. — Dans ce domaine, plus encore que dans les secteurs qui ont été précédemment examinés, l'attitude du juge est entièrement subordonnée à la connaissance plus ou moins bonne qu'il a des données brutes. Car le juge n'est pas un technicien, et quelque étendu que soit parfois le champ de sa culture, celle-ci ne saurait prétendre à l'universalité, non plus qu'à une adaptation constante à des réalités particulièrement changeantes.

Sans doute le juge, au moins le Conseil d'Etat, peut-il invoquer ici, en sa faveur, la position particulière qu'il occupe aux côtés de l'exécutif, et qui le conduit à connaître des questions les plus diverses, et parfois dans leurs détails techniques ; il est certain en effet que les sections administratives du Conseil ont, chacune dans leur spécialité, l'occasion de pénétrer l'aspect technique des questions qui s'attachent aux textes qui leur sont soumis et aux avis que parfois on leur demande (139). Ceci d'autant plus que certaines

(135) Cf. sur ce point, *supra*, p. 195, et section I, § 2, de ce chapitre.

(136) Cf. en ce sens R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, et la relation que cet auteur fait des conclusions du Commissaire du Gouvernement Gazier, p. 191, note 44.

(137) Et, comme le remarque D. Loschak, cette évolution de la règle jurisprudentielle était d'autant plus impérieuse que la règle ancienne ne pouvait que choquer les esprits par comparaison à l'ensemble du droit de grève (D. Loschak : « Le rôle politique du juge administratif », *Thèse précitée*, p. 250).

(138) La remarque en est faite par M. Latournerie : « Il suffit au juge, pour les besoins propres de sa tâche, d'acquiescer de cette sorte de donnée une connaissance, sinon superficielle, du moins rapide et résumée, pour laquelle il se fie le plus souvent à celle qu'il a de son époque. » (R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 190).

(139) Cf. en particulier, sur la connaissance que le Conseil acquiert ainsi des problèmes économiques, R. Martin : « Le rôle consultatif du Conseil d'Etat en matière économique », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 415 à 423.

sections, en particulier la Section des travaux publics sous l'impulsion de son Président M. Josse, ont aujourd'hui pris l'habitude de se déplacer pour connaître sur place des problèmes techniques « qui ne peuvent être vus sur le papier » (140) et (141).

Sans doute, du point de vue de la connaissance de données techniques et économiques, y a-t-il une source d'information particulièrement précieuse ; mais celle-ci ne s'adresse pas directement au juge ; outre qu'elle est limitée à la juridiction suprême, elle suppose une communauté de personnel et de pensée entre la section du contentieux et les sections administratives qui dépasse certainement — ne serait-ce que par les loisirs qu'elle supposerait chez chacun — l'état actuel des choses, en dépit de réformes récentes (142).

De son côté, le juge a également la faculté de se documenter sur les données techniques ou économiques, à travers l'étude des espèces qui lui sont soumises ; à cet égard, outre les explications parfois données par les parties dans leurs mémoires, les instruments privilégiés sont constitués par le transport sur place d'un membre du Tribunal, l'enquête ou l'expertise (à condition que la technicité même du rapport d'expertise ne le rende pas illisible) (143) et (144). Mais, d'une façon générale, ces mesures d'instruction sont limitées par définition aux données de fait d'une espèce particulière et ne portent même, parmi ces données, que sur celles dont le juge ne peut « apprécier en pleine connaissance de cause » (145).

Ainsi, en dépit de ces éléments positifs, il faut admettre que le juge administratif ne saurait posséder une connaissance détaillée de l'ensemble des données techniques ou économiques. Seules les plus importantes d'entre elles seront parfois prises en considération par le juge pour la détermination d'une nouvelle règle jurisprudentielle. Et on l'admet d'autant plus volontiers que la règle de droit ne gagne pas en général, ni en clarté, ni en précision, ni, par

(140) Cf. à cet égard l'article très significatif du Président Josse qui rend compte, par des exemples, des questions techniques dont la Section des Travaux publics du Conseil d'Etat a à connaître. P.-L. Josse : « Le Conseil d'Etat devant les réalités économiques (ses méthodes de travail et son rôle) », *E.D.C.E.*, 1960, pp. 39 à 59.

(141) Cf. R. Martin : « Le rôle consultatif du Conseil d'Etat en matière économique », *op. cit.*, p. 416. Qu'on ne se choque pas de voir le donneur d'avis commencer par se documenter, et faire éventuellement son profit intellectuel des questions qu'il découvre ; outre que cela est de bonne méthode, il ne faut pas oublier que l'avis ne porte pas sur l'aspect technique, ni même sur l'opportunité de la mesure envisagée, mais simplement sur la légalité de celle-ci ; et que c'est simplement pour apprécier cette légalité en connaissance de cause que le juge a besoin d'explications techniques.

(142) Sur le « brassage » que l'on entendait réaliser au sein du Conseil d'Etat, notamment par un décret n° 63-766, titre IV (art. 60 à 64), cf. le commentaire du Garde des Sceaux, M. Foyer, dans *Le Monde*, du 1^{er} août 1963. Cependant, on peut se demander si ce « brassage » n'est pas resté plus théorique que réel ; en ce sens, Auby et Drago, *Traité du contentieux administratif, op. cit.*, supplément p. 15.

(143) Cf. A. Heurte : « De quelques problèmes relatifs à l'expertise devant les tribunaux administratifs », *A.J.D.A.*, 1955, I, 37.

(144) Cf. P. Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Paris, 1952, spécialement n. 102 et s. En général, cf. les indications données par Auby et Drago, *Traité du contentieux administratif, op. cit.*, t. II, n. 849 et s.

(145) Cf. C.E. 22 juillet 1963, Département du Nord c. Huyghe, *Leb.*, p. 844, interprété *a contrario*.

conséquent, en efficacité, à vouloir traduire exactement toutes les données de détail de l'évolution économique ou technique.

Exemples de l'influence de ces données. — Constaté la réserve involontaire, et finalement bénéfique, du juge vis-à-vis de cette catégorie de données n'interdit pas de rappeler, à titre d'exemples, certaines hypothèses dans lesquelles la règle jurisprudentielle semble bien avoir été inspirée, complètement ou en partie, par des considérations techniques ou économiques.

L'un de ces exemples est particulièrement célèbre ; il s'agit du revirement de jurisprudence (146) que marque l'arrêt « Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen » (147), à propos de la « querelle de l'électricité et du gaz » ; cette décision, qui met en place une réglementation jurisprudentielle complète des droits respectifs du concédant et des concessionnaires, et dont la portée dépasse le domaine de l'éclairage urbain (148), manifeste l'attention que le juge a portée à l'évolution technique ; celle-ci est directement à l'origine de la règle nouvelle. Comme le note Hauriou : « il (le Conseil d'Etat) a compris qu'on n'arrête pas le progrès, qu'à notre époque où l'on ne sait guère attendre, chaque génération veut jouir des avantages matériels de la civilisation, et qu'il était inadmissible que de petits villages puissent se donner le luxe de l'éclairage électrique parce qu'ils n'avaient jamais eu d'éclairage au gaz, alors que les grandes villes ne le pouvaient pas » (149). C'est la considération directe de ce progrès technique qui a dicté au juge des règles nouvelles, qui mettent au second plan le principe de l'immutabilité des obligations contractuelles en matière de concession de service public (150).

Quelque temps auparavant, le Conseil d'Etat avait eu l'occasion de préciser les règles jurisprudentielles qui aboutissaient à accorder des indemnités aux riverains privés d'eau par suite des travaux que font les villes pour assurer leur propre alimentation d'eau (151) ; or à l'origine de ce droit jurisprudentiel il faut encore chercher des considérations directement tirées des possibilités de la technique et de l'évolution économique ; Hauriou, dans sa note sous cet arrêt, n'a pas manqué de rendre compte de ces données brutes : « les travaux d'eau des villes ne sont accrus d'abord par suite de l'augmentation de la population urbaine ; ensuite parce que les progrès de l'hygiène ont révélé la nécessité de donner à cette population une

(146) La jurisprudence ancienne avait d'ailleurs été critiquée par Hauriou, notes sous C.E. 27 décembre 1901, Pécard, S., 1902, 3, p. 33 ; et C.E. 26 décembre 1891, ville de Saint-Etienne et ville de Montluçon (2 arrêts), S., 1894, 3, p. 1.

(147) C.E. 10 janvier 1902, Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen, S., 1902, 3, 17, concl. Romieu, note Hauriou.

(148) Cf. en particulier, en matière d'aménagements électriques, C.E. 26 mai 1930, Viette, *Leb.*, p. 564, ou en matière d'alimentation urbaine en eau potable, C.E. 12 mai 1933, Compagnie générale des Eaux, *Leb.*, p. 508 ; plus anciennement, C.E. 21 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, S., 1911, 3, 1, concl. Blum, note Hauriou.

(149) Note Hauriou, sous C.E. 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen, précité, S., 1902, 3, p. 17.

(150) Cf. cependant, qui dénie l'existence d'un pouvoir de modification unilatéral, même pour les contrats de concession, L'Huillier, *D.*, 1953, chr. p. 88.

(151) C.E. 5 mai 1893, Sommelet, c. Commune de Rolampont, S., 1895, 3, p. 1, note Hauriou.

quantité d'eau de plus en plus grande et de l'eau non contaminée. Or les villes n'ont guère de moyens de se procurer de l'eau sans causer de dommages : forcément l'eau qu'elles prennent servait auparavant à quelqu'un » (152).

Au demeurant, en dehors même de ces exemples, on constate parfois dans les conclusions des Commissaires du Gouvernement ou, plus rarement, dans les arrêts eux-mêmes, un souci certain des descriptions techniques détaillées, parfois même au-delà de ce qui serait nécessaire à la solution de l'espèce (153). On mentionnera, par exemple, à l'appui de cette remarque, le premier paragraphe des conclusions du Commissaire du Gouvernement Kahn dans l'arrêt Vannier (154) ; la démonstration commence en effet par un véritable exposé sur les caractéristiques techniques des émissions de télévision, qui n'écarte ni les références aux solutions étrangères, ni les résultats des expériences sur la faculté d'analyse graphique de l'œil humain. De la même façon, le Conseil d'Etat n'a pas hésité, dans un arrêt « Département du Bas-Rhin » (155), à relater de façon détaillée les circonstances qui avaient permis l'inondation de la cave de la requérante et de son voisin à la suite de l'éclatement d'un compteur d'eau.

Tout ceci manifeste clairement la volonté du juge administratif de se tenir à l'écoute de l'évolution économique et technique, et de tenir compte de celle-ci dans la définition du droit qu'il élabore.

Limites de cette influence. — Cependant il est des cas dans lesquels sa bonne volonté trouve des limites ; il est alors réduit à avouer de bonne grâce l'inquiétude qui le pénètre d'être à l'origine d'un divorce entre le fait et le droit.

Actuellement, c'est en particulier en matière économique que le danger paraît le plus proche (156). Les membres des juridictions administratives en conviennent volontiers (157), et cherchent à y porter remède (158) ; on n'en veut pour preuve que l'institution de contacts réguliers entre les responsables de l'économie, en particulier les fonctionnaires du Ministère de l'Economie et des Finances et les membres du Conseil d'Etat (159).

(152) Hauriou, note précitée, in *Recueil des notes d'arrêts* (Paris, Sirey, 1929), *op. cit.*, t. II, pp. 601-602.

(153) Tout se passe alors un peu, comme si le juge avait à cœur, par cette véritable démonstration technique, de manifester l'intérêt qu'il porte constamment aux données extra-juridiques.

(154) C.E. 27 janvier 1961, Vannier, *Leb.*, p. 60, concl. Kahn.

(155) C.E. sect. 13 janvier 1961, Département du Bas-Rhin, *Leb.*, p. 38.

(156) Cf. M. Fromont : « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », *A.J.D.A.*, 1966, p. 588.

(157) Cf. par exemple N. Questiaux et J. Théry : « A propos des taxes parafiscales et de l'organisation des marchés : un cas concret illustrant les problèmes posés par le contrôle de la légalité des actes d'intervention économique », *A.J.D.A.*, 1969, p. 465.

(158) En ce sens, cf. J. Delmas-Marsalet : « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat », *E.D.C.E.*, 1969, p. 133, qui montre le chemin parcouru en ce domaine depuis quelques années.

(159) La volonté d'information en ce domaine se développe également dans le cadre européen comme en témoigne la réunion à Paris, en octobre 1970, des représentants des juridictions administratives des Six, réunion axée sur les problèmes posés par le contrôle de l'intervention de l'Etat en matière économique.

L'arrêt « Société Maison Genestal » (160) s'inscrit dans cette ligne, puisqu'il pose la volonté du juge de demander à l'administration des indications détaillées sur les motifs d'une décision prise en matière économique (161). Cependant, il est juste de noter avec un membre de la Haute juridiction que « le juge administratif, conscient des limites de ses propres connaissances en matière économique..., a presque toujours soigneusement évité de substituer sa propre appréciation à celle de l'administration économique, et a manifesté, en conséquence, une certaine préférence pour un contrôle de légalité externe » (162) ; et lorsque, comme dans l'espèce précitée Société Maison Genestal, le juge s'intéresse aux motifs de la décision, ce sont alors les normes de référence qui lui permettraient d'en apprécier la légalité qui risquent de lui faire défaut (163).

On retrouve parfois la manifestation de cette mauvaise connaissance que le juge a des données techniques, dans les domaines les plus classiques de la jurisprudence administrative ; c'est ainsi que le Conseil d'Etat n'hésite pas à qualifier comme exorbitantes du droit commun certaines clauses des cahiers des charges des administrations (164), alors que ces mêmes clauses sont reproduites dans les contrats de droit privé passés par certaines grandes entreprises privées (165).

Conclusion sur ce point. — En conclusion, on peut retenir que, si l'appréhension directe des données brutes de nature économique ou technique est parfois délicate pour le juge, cela ne vient pas d'un quelconque désintérêt de celui-ci pour ce type de questions, mais simplement de la connaissance imparfaite qu'il en a fréquemment.

Et, de par la nature des choses, ce défaut de connaissance directe est un obstacle beaucoup plus dirimant en ce domaine que lorsqu'il s'agit des données éthiques pour lesquelles une connaissance commune est finalement suffisante.

Conclusion générale du Titre premier. — A l'origine des règles du droit jurisprudentiel se trouvent ainsi des considérations de toutes sortes : orientation générale de la législation, solutions proposées par la doctrine ou adoptées par d'autres juridictions, données tirées

(160) C.E. 26 janvier 1968, Sté Maison Genestal, concl. Bertrand, *Leb.*, p. 62.

(161) Cf. en particulier sur ce point, Colson : « Le juge administratif et la preuve dans le contentieux de la légalité des décisions à caractère économique », *J.C.P.*, 1968, II, 15581 ; et M. Fromont, note sous l'arrêt précité au D., 1969, p. 457.

(162) J. Delmas-Marsalet, *E.D.C.E.*, 1969, *op. cit.*, p. 147.

(163) En ce sens, M. Fromont, note sous C.E. 23 mai 1969, Sté Distillerie Brabant et Cie, *D.*, 1970, p. 763. Ceci malgré les tentatives de M^{me} Questiaux dans ses conclusions sous cet arrêt (*A.J.D.A.*, 1969, p. 640), dans le sens de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome aux autorités investies d'un pouvoir d'interventionnisme économique ; la jurisprudence la plus récente semble reconnaître aujourd'hui, à défaut d'un pouvoir réglementaire autonome, un « pouvoir d'orientation » aux autorités compétentes en matière d'incitations économiques (cf. C.E. 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, *A.J.D.A.*, 1971, p. 227), et le bref article « De l'arrêt Société Maison Genestal à l'arrêt Crédit Foncier de France (*A.J.D.A.*, 1971, pp. 196 et s., signé H.T.C.) ».

(164) En particulier des clauses des cahiers des charges des Ponts et Chaussées.

(165) Cf. sur ce point G. Vedel : « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *Mélanges Mestre*, pp. 527 et s.

de la vie politique ou administrative, de considérations morales ou de facteurs techniques ou économiques.

Chacune de ces données du droit jurisprudentiel a fait l'objet d'un examen autonome. Mais cette présentation répond uniquement à un souci de clarté de l'exposition. Dans la réalité, on comprendra aisément que le juge soit simultanément attentif à chacune de ces données. Si parfois, sans doute, il accorde une importance particulière à l'une d'entre elles, on retrouve cependant, à l'origine de la plupart des règles jurisprudentielles la marque de données de catégories diverses.

Cette faculté de choix que possède le juge qui peut seul, dans la création d'une règle nouvelle, retenir telle donnée pour écarter telle autre, ou subordonner telle donnée à telle autre, est la manifestation ultime de la liberté du travail jurisprudentiel du juge.

Et, puisqu'il faut conclure — provisoirement — nous écririons volontiers que la création de la règle de droit par le juge se fait sans doute par référence aux données élaborées et aux données brutes, sources matérielles du droit jurisprudentiel ; mais également est pour une très large part le fait du libre-vouloir du juge (166). Cependant cette influence, par sa nature même, échappe évidemment à l'analyse.

En revanche, l'examen des méthodes du juge ne serait pas complet si nous ne nous penchions pas maintenant, après avoir précisé l'origine du droit jurisprudentiel, sur la question de son mode d'expression par le juge.

(166) En remarquant cependant que celui-ci : 1° est un organe collégial ; 2° qu'il est lui-même, en tant qu'« individu situé », influencé par l'autorité respective des diverses données.

TITRE II

LES METHODES D'EXPRESSION DU DROIT JURISPRUDENTIEL

Objet du présent Titre. — L'examen des sources matérielles des règles du droit administratif jurisprudentiel permet de mieux comprendre le contenu de ces règles. Mais il laisse entière la question de leur apparition dans le droit positif.

Pourtant la question est essentielle : il s'agit de savoir suivant quelle méthode le juge, convaincu par lui-même ou par la référence à d'autres éléments, de la nécessité d'une règle nouvelle, va procéder pour réaliser l'incorporation de cette règle au droit positif. C'est cette méthode d'expression du droit jurisprudentiel, indépendamment du contenu de celui-ci, qui constitue l'objet du présent titre.

Remarque liminaire. — Or l'examen de cette méthode suppose que soient présents à l'esprit deux des caractères essentiels de l'activité normative du juge : la règle jurisprudentielle est en premier lieu une œuvre collective ; elle est d'autre part une œuvre occasionnelle, dans la mesure où la mission du juge — même celle du juge administratif — n'est pas uniquement ni même principalement de créer du droit.

Du point de vue de l'examen des méthodes du juge, cela signifie d'une part que les méthodes jurisprudentielles ne sont jamais exclusives des méthodes juridictionnelles ; simplement les premières se juxtaposent-elles parfois aux secondes ; d'autre part que les méthodes jurisprudentielles du juge sont nécessairement de nature complexe : souples et relativement secrètes car le juge n'est pas d'abord un législateur ; multiples car l'œuvre normative du juge n'est pas celle d'un seul et se poursuit sur de nombreuses années.

La règle jurisprudentielle. — C'est ce qui explique qu'il faille maintenant dépasser le cadre de la décision de justice isolée (1), pour porter l'attention sur la règle jurisprudentielle elle-même.

Cette dernière peut être définie soit par référence à un critère organique : elle est alors, comme son nom l'indique, celle qui

(1) Alors que l'étude des méthodes juridictionnelles du juge avait nécessairement pour cadre la décision de justice.

émane du juge (2) ; soit, par référence à son contenu : c'est alors sur sa généralité qu'il convient de mettre l'accent ; la solution jurisprudentielle n'accède à la dignité de règle que lorsqu'elle s'affranchit de l'espèce pour régir virtuellement toute une partie du droit positif ; à ce titre la règle jurisprudentielle s'apparente à la règle législative.

En effet, parce que le droit français écarte le système du précédent, il est clair qu'une décision de justice est impropre, à elle seule, à exprimer une disposition impérative, de portée générale (3). La règle jurisprudentielle doit être considérée comme le produit du travail de rapprochement et de systématisation effectués à partir de plusieurs décisions (4) : la règle est détachée de l'espèce qu'elle gouverne ; elle est « un *usage* formé par une suite d'arrêts uniformes intervenus sur une même question » (5).

Plan du Titre. — Tels sont, nous semble-t-il, les éléments caractéristiques de la règle jurisprudentielle. Il nous appartient maintenant de préciser quelles sont les méthodes que le juge utilise pour faire de ces règles des éléments du droit positif ; puis celles qu'il retient pour modeler à chaque instant leur signification et leur portée.

Les méthodes jurisprudentielles du juge administratif doivent être examinées successivement en ce qui concerne l'apparition de la règle jurisprudentielle (Chapitre I), puis en ce qui concerne la vie de celle-ci (Chapitre II).

(2) Ce qui, par parenthèse, marque la limite des rapports entre coutume et jurisprudence.

(3) Rappelons toutefois que les décisions d'annulation du juge administratif bénéficient de l'autorité absolue de la chose jugée.

(4) Pour M. Carbonnier : « La jurisprudence est une superposition de choses jugées. L'autorité de la chose jugée en s'accumulant devient jurisprudence... Mais, en s'accumulant, elle ne peut acquérir une efficacité qu'elle n'avait pas à l'état isolé. » J. Carbonnier : « Loi étrangère et jurisprudence étrangère », in *Journal de droit international*, 1935, pp. 473 et s., spécialement pp. 482-483. La remarque ne contredit pas notre proposition, car la règle jurisprudentielle suppose non seulement la répétition de décisions analogues, mais une volonté et un travail de systématisation, c'est-à-dire d'abstraction : la règle est détachée de l'espèce qu'elle gouverne.

(5) C'est la définition qu'en donne le *Dictionnaire raisonné des Sciences, Arts et Métiers* (Paris, 1765), t. IV, V° *Jurisprudence des arrêts*.

CHAPITRE I

LES METHODES DU JUGE ET L'APPARITION DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE

Objet du Chapitre. — « Les évolutions jurisprudentielles, qu'on les qualifie ensuite de progrès ou de régression, ont rarement pour origine une illumination individuelle ou collective traversant un délibéré » (1). Nous sommes ainsi avertis : l'apparition d'une règle nouvelle et son incorporation au droit positif ne sont pas le produit d'un travail divinatoire ; c'est donc qu'une méthode a sa place ici, qui guide le juge dans son activité normative, qui lui en indique le cheminement. Sans doute le même auteur ajoute-t-il qu'« il y a, bien entendu, quelques exemples de solutions inattendues qui furent improvisées en séance et adoptées avec enthousiasme ou avec résignation, sur une idée lancée au cours d'une délibération difficile », mais il précise immédiatement que « les entraînements de séance sont périlleux ; le Conseil d'Etat, qui garde un mauvais souvenir de certains d'entre eux, s'en méfie à juste titre » (2).

Cette double citation permet de constater que, pour les auteurs les plus autorisés, le juge ne saurait écarter en principe le bénéfice d'une méthode lorsqu'il se soucie d'ajouter une règle nouvelle au droit positif, même si cette méthode ne doit pas être présentée comme d'application automatique, mais laisse au contraire la place à quelques exceptions.

Plan du Chapitre. — Si l'on s'attache alors à préciser le contenu de cette méthode, on est conduit à admettre — et des exemples seront développés à ce sujet — que le stade de la formulation proprement dite de la règle dans une décision de justice est, très largement, précédé par un patient travail d'élaboration qui constitue à la fois la mise au point de la règle et la préparation de l'opinion juridique à une modification du droit positif.

A l'élaboration de la règle (Section I) succède la formulation de celle-ci (Section II).

(1) R. Odent : « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas, Réflexions sur une évolution de jurisprudence », *E.D.C.E.*, 1962, p. 43.

(2) R. Odent, *op. cit.*, *supra*, note 1, *eod. loc.*

Section I. — Les méthodes du juge dans l'élaboration d'une règle jurisprudentielle

Objet de la Section. — Il s'agit ici de découvrir et d'examiner le patient travail que le juge mène à bien avant de faire expressément de la règle nouvelle une règle du droit positif.

Ce travail a évidemment une importance capitale. Il commande en premier lieu la valeur de la règle : celle-ci a besoin d'être mûrie, discutée, modifiée au besoin, avant de devenir règle de droit. Mais ce travail conditionne aussi l'efficacité de la règle ; le juge en effet n'ignore pas quel bouleversement pratique comporte une modification du droit positif ; il sait également par expérience qu'il n'a pas dans son activité normative une autorité analogue par exemple à celle du législateur ; il lui faut donc, non seulement faire de la règle nouvelle un mécanisme techniquement bien adapté, mais aussi préparer le droit positif au changement qu'apportera la règle nouvelle.

Tout ceci explique que ce travail d'élaboration exige à la fois du temps et un certain secret, qu'il se place sous le signe de la prudence, et soit soucieux de bénéficier des enseignements de l'expérimentation (3).

Schéma proposé sur ce point et plan de la Section. — Pour notre part, il nous a semblé que, dans la généralité des cas, il était possible de dégager une sorte de schéma-type du travail d'élaboration de la règle jurisprudentielle, dont les phases successives se retrouvent dans la majorité des hypothèses.

Précisons toutefois que ce schéma théorique, qui nous paraît rendre compte de la majorité des exemples, ne doit certainement pas être compris comme ayant une portée absolue ; il n'est pas une explication universelle ; simplement peut-être un schéma-type de référence qui réserve la place des cas particuliers.

D'une façon générale, il semble que l'élaboration d'une règle de droit par le juge se développe suivant plusieurs phases successives. Le premier temps en est constitué par ce que nous appellerions volontiers la « phase de prise de conscience » (§ 1^{re}) : le juge découvre alors à la fois l'inadaptation du droit positif sur un point, et l'économie de la règle nouvelle qui pourrait y porter remède ; à cette prise de conscience succède une phase « d'expérimentation » de la règle nouvelle (§ 2) : il s'agit alors de faire connaître celle-ci, d'en parler et de tirer avantage des remarques ou des critiques qu'elle suscite ; enfin, dernier temps, qui précède en général la formulation proprement dite de la règle, celui de son incorporation indirecte au droit positif (§ 3) : c'est alors — mais le mécanisme demande souvent plusieurs années — que la règle accède à la dignité de règle formelle du droit.

(3) Cf. à ce sujet la remarque d'A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement », *op. cit.*, in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 301.

§ 1^{er}. — La prise de conscience de la règle par le juge

La double découverte du juge. — A ce stade la démarche du juge est double : découverte des insuffisances du droit existant d'abord ; découverte d'une solution susceptible de porter remède à cette insuffisance ensuite ; et la première de ces deux phases est évidemment la condition du passage à la seconde. Comme le note un observateur : « l'élaboration d'une jurisprudence semble toujours passer par une phase quasi-intuitive », qui correspond à la constatation qu'« une jurisprudence nouvelle s'impose » (4) ; le juge découvre alors, parmi les sources matérielles du droit administratif, données élaborées (5) ou données brutes (6), le contenu de la règle nouvelle qui serait susceptible d'améliorer l'état du droit en ce domaine.

Il faut ici noter que, de cette démarche du juge, en particulier de la découverte d'une carence du droit positif, les manifestations sont évidemment difficiles à rapporter. Il s'agit en effet d'un travail de réflexion du juge sur l'état du droit positif, qui, par nature, n'est pas destiné à la publicité.

Aussi l'étude de cette phase de prise de conscience se heurte-t-elle au secret qui entoure ce moment de l'activité normative du juge ; seule l'apparition ultérieure de la règle nouvelle dans le droit positif en révélera par la suite l'existence et le contenu.

Il suffit d'illustrer ces remarques par quelques exemples.

Exemples sur ce point. — Ainsi, au lendemain de l'arrêt Poursines (7), le juge a sans doute eu conscience des inconvénients évidents d'une jurisprudence qui aboutissait à consacrer en fait l'irresponsabilité absolue des agents publics. Et l'on comprend dès lors que le juge, soucieux de pallier cette faiblesse du droit jurisprudentiel, se soit montré attentif à l'économie des solutions nouvelles qui lui étaient proposées, en particulier — on peut le penser — à l'article déjà mentionné de M. Waline (8) ; à ce moment le juge a pris conscience de la règle nouvelle qui s'imposait : l'admission d'une action récursoire de l'administration contre l'agent lorsque celle-là a été tenue de répondre des conséquences d'une faute personnelle de celui-ci. Il s'est alors employé à incorporer cette règle nouvelle au droit jurisprudentiel de la responsabilité des personnes publiques et de leurs agents (9).

De la même façon, il est probable que l'apparition en jurisprudence de la catégorie des actes de Gouvernement a été précédée par une prise de conscience de la part de la juridiction administrative du danger qu'il y aurait pour elle, et partant pour l'ensemble

(4) P. Soudet : « Une tentative de systématisation des principes juridictionnels du Conseil d'Etat : Cormenin », *op. cit.*, p. 296.

(5) Cf. *supra*, partie II, titre I, chapitre I, et les exemples donnés à cet endroit.

(6) Cf. *supra*, partie II, titre I, chapitre II, et les exemples donnés à cet endroit.

(7) C.E. 28 mars 1924, Poursines, S., 1926, 3, 17, note Hauriou.

(8) M. Waline, *R.D.P.*, 1948, pp. 5 et s.

(9) Telle est la portée de C.E. 28 juillet 1951, Laruelle, *R.D.P.*, 1951, p. 1087, note Waline.

du contentieux administratif, à connaître de questions politiques (10), particulièrement à un moment où l'existence même du Conseil d'Etat, « création impériale », était remise en cause (11) ; cette jurisprudence a d'autre part été rendue possible par l'idée d'une activité gouvernementale supérieure à l'abri de tout contrôle autre que politique et, en particulier, du contrôle contentieux.

L'indemnisation de la douleur morale, dont l'arrêt Letisserand (12) a finalement admis le principe, traduit de la même façon la prise de conscience par le juge administratif — en particulier sous l'influence de la jurisprudence judiciaire — d'une lacune du droit en ce domaine (13), et de la nécessité d'une règle jurisprudentielle complémentaire.

On pourrait encore mentionner ici la volonté du juge d'imposer la motivation des décisions de l'administration en matière de sanction disciplinaire pour permettre le contrôle du juge de l'excès de pouvoir (14).

Un dernier exemple, qui illustre cette phase « quasi-intuitive » de la démarche normative du juge administratif, est particulièrement significatif, parce qu'il correspond à l'élaboration d'une règle jurisprudentielle nouvelle que le droit positif n'a pas encore accueillie.

Nous voulons parler de la solution proposée par le Commissaire du Gouvernement Kahn dans ses conclusions sous l'arrêt Vannier (15) ; dans cette espèce, le Commissaire du Gouvernement a proposé au Conseil d'admettre que l'abrogation d'engagements pris par l'Etat, par voie réglementaire, pour une durée déterminée était susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, en dehors de toute faute de sa part ; le Conseil d'Etat n'a pas à ce jour repris cette suggestion à son compte.

Quoi qu'il en soit l'analyse très serrée à laquelle s'est livré dans cette espèce le Commissaire du Gouvernement est en elle-même une bonne illustration des méthodes d'élaboration d'une règle de droit par le juge ; le Commissaire du Gouvernement commence par rappeler l'état du droit positif : ni sur le terrain de la responsabilité pour faute, ni sur celui de la responsabilité sans faute, le droit existant ne permet l'indemnisation des usagers dans de semblables hypothèses ; or, constate le Commissaire du Gouvernement, cela est choquant d'une part parce que, d'un point de vue éthique, c'est reconnaître que l'Etat n'est pas tenu au respect des engagements unilatéraux qu'il a publiquement pris, d'autre part parce que cette solution contraste, de façon injustifiée avec celle qui serait retenue si l'Etat s'était engagé par voie contractuelle. C'est

(10) Cf. le motif de l'arrêt C.E. 1^{er} mai 1822, Laffitte, *Leb.* 1821/25, p. 202 : « La réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement. »

(11) Le système de la justice retenue jouait également en ce sens.

(12) C.E. 24 novembre 1961, Min. des Travaux publics c. consorts Letisserand, *D.*, 1962, chr. Morange, p. 15.

(13) Dès avant 1961, le Conseil d'Etat acceptait déjà d'indemniser les troubles graves aux conditions d'existence résultant d'un préjudice esthétique (C.E. 22 décembre 1954, Brisson, *Leb.*, p. 684), ou de la perte d'un proche parent (C.E. 29 oct. 1954, Bondurand, *D.*, 1954, 3, 767, concl. Fougère).

(14) C.E. 27 janvier 1950, Billard, *S.*, 1950, 3, 41, concl. Letourneur.

(15) C.E. 26 janvier 1961, *Leb.*, p. 60, concl. Kahn.

le premier temps de la prise de conscience du juge : découverte de l'imperfection du droit positif sur un point et de sa contradiction avec les données du bon sens et de l'équité.

A partir de ce moment le Commissaire du Gouvernement va construire ; il va chercher la solution nouvelle qui serait à l'abri de ces critiques : il le fait par la référence à certaines données brutes : sens de l'équité, respect de la parole donnée : et aussi par l'emprunt de données juridiques, comme la distinction entre les engagements à durée indéterminée et ceux qui sont pris pour une durée limitée. C'est le second moment de la phase de prise de conscience du juge ; découverte de la règle modificatrice nouvelle.

A ce stade de l'élaboration jurisprudentielle la règle nouvelle existe matériellement, mais sa transformation en règle de droit suppose encore qu'elle soit soumise à l'épreuve de la réflexion et de l'expérience, et également qu'elle puisse être incorporée sans heurt au droit positif.

Conclusion sur ce point. — Découverte des imperfections du droit existant d'une part, de la solution qui pourra constituer une amélioration d'autre part, telle est la double démarche qui précède toute création jurisprudentielle. On le constate, cette première phase du travail d'élaboration de la règle, phase de prise de conscience, fait appel avant tout à l'intuition du juge, à son initiative et à l'ampleur de sa culture juridique.

§ 2. — Le juge et l' « expérimentation » de la règle

La règle soumise à l'expérimentation. — C'est là sans doute le moment essentiel de l'activité normative du juge administratif.

Le juge se garde bien en effet dans la majorité des cas d'imposer brutalement la règle nouvelle ; il lui faut préparer cette modification du droit positif, qui ne serait peut-être pas tolérée (16) si elle était trop inattendue ; et en même temps mesurer à la fois les avantages et les inconvénients de cette mutation. Comme le note à ce sujet M. Odent : « une solution dont le fondement et les conséquences n'ont pas fait l'objet d'un examen préparatoire suffisant expose à bien des déboires... » (17) ; et le savant auteur ajoute : « les véritables progrès jurisprudentiels sont ceux dont les causes et les effets ont été soigneusement étudiés, dont les développements, nécessaires ou possibles, ont été envisagés, dont les limites, au moins provisoires, ont été prévues ; ils sont donc le fruit d'une réflexion attentive » (18).

(16) Il nous semble qu'on n'insistera jamais trop sur l'existence de ce « seuil de tolérance » du droit positif aux interventions modificatrices du juge, au-delà duquel se situe le gouffre de l'inefficacité de la règle nouvelle. Si ce seuil, de par la nature des choses, ne peut être saisi que par l'intuition, il reste qu'à notre avis il est constamment présent à l'attention du juge administratif. C'est le lieu ici de rappeler la réponse bien connue de Romieu à qui lui démontrait l'opportunité d'une nouvelle solution jurisprudentielle : « Sans doute, vous avez raison... Mais pas encore maintenant !... »

(17) R. Odent : « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas, Réflexions sur une évolution de jurisprudence », *E.D.C.E.*, 1962, p. 43.

(18) R. Odent, *op. cit.*, note 17, p. 465, *eod. loc.*

Or, ce travail de contrôle de la valeur de la règle nouvelle suppose un certain recul par rapport à la découverte de celle-ci : recul dans le temps d'abord, et rien n'est plus éloigné de la réalité, dans la majorité des cas, que de considérer l'adhésion du juge à la solution nouvelle et l'entrée de celle-ci dans le droit positif comme des phénomènes simultanés ; recul intellectuel ensuite qui suppose que la règle nouvelle soit discrètement annoncée pour bénéficier alors des bienfaits de la discussion et éventuellement de la critique (19).

C'est en ce sens que nous parlons ici de phase d'expérimentation, puisque « la méthode expérimentale... n'est rien autre chose qu'un raisonnement à l'aide duquel nous soumettons méthodiquement nos idées à l'expérience des faits » (20).

Encore la conduite de cette expérimentation suppose-t-elle que la règle nouvelle perde son caractère de secret et soi suffisamment connue pour susciter les remarques et les observations extérieures. C'est là sans doute un des moments les plus délicats de la tâche d'élaboration de la règle par le juge : il lui faut suggérer la règle nouvelle, l'annoncer, éventuellement la rappeler, sans en faire encore un élément du droit positif.

Procédés utilisés à cet égard : rôle des Commissaires du Gouvernement. — Les procédés que le juge utilise à ce titre sont, par nécessité, assez subtils et difficiles à cerner.

Ce peut être une phrase incidente glissée dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement sous une précédente affaire d'une certaine importance. Ainsi, par exemple, on peut penser que la remarque du Commissaire du Gouvernement Kahn dans ses conclusions dans un arrêt assez récent (21), qui regrettait que l'espèce ne permit pas au Conseil de mettre en œuvre l'article 177 du Traité C.E.E., préparait déjà la jurisprudence nouvelle que consacrait peu après l'arrêt Synacomex (22).

Ainsi encore, pour revenir à un exemple qui a déjà été donné (23), la règle nouvelle que le Commissaire du Gouvernement proposait à l'adoption du Conseil dans ses conclusions sur l'arrêt Vannier (24), s'est trouvée à cette date soumise à la réflexion des juristes. A ce stade la règle existe déjà matériellement, le juge s'en est saisi, et d'une manière ou d'une autre a manifesté l'intérêt qu'il y portait ; mais la règle nouvelle reste encore à l'écart du droit positif ; elle

(19) Napoléon parlant au Conseil d'Etat, en mars 1806, donnait déjà un conseil analogue, quoique dans un domaine un peu différent : « Le Gouvernement pourra sans inconvénient tâtonner et se régler sur l'expérience ; rien n'empêchera qu'au bout de deux ou trois ans on ne convertisse définitivement en lois ceux de ces règlements dont l'expérience aura démontré la sagesse. »

(20) Cl. Bernard : « Introduction à la médecine expérimentale », *op. cit.*, p. 4.

(21) Concl. Kahn dans C.E. 12 décembre 1969, sieur de Talleyrand-Périgord, *A.J.D.A.*, 1970, p. 38.

(22) C.E. 10 juillet 1970, Syndicat national du commerce extérieur des céréales (Synacomex), *A.J.D.A.*, 1970, p. 500 ; on sait (cf. *supra*, partie II, titre I, chap. I, sect. II, § 1) que cette décision constitue le premier exemple de l'utilisation par le Conseil d'Etat du mécanisme de l'article 177 C.E.E. et succède à une série de décisions négatives.

(23) Cf. *supra*, § 1 de cette même section.

(24) C.E. 26 janvier 1961, *Leb.*, p. 60, concl. Kahn. Rappelons qu'il s'agissait d'admettre que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée sans faute à la suite de l'abrogation de certains règlements à durée déterminée.

est soumise aux critiques et aux questions ; elle doit être mesurée dans ses conséquences ; son contenu doit être précisé ; son expression explicitée ; toutes choses qui supposent la discussion d'abord, la réflexion ensuite ; c'est pourquoi nous parlons ici d'expérimentation.

En l'espèce, pour revenir à l'exemple des conclusions du Commissaire du Gouvernement Kahn dans l'arrêt Vannier, il est vraisemblable que la réflexion doit s'orienter dans le sens d'une détermination de la catégorie d'actes réglementaires concernés : ainsi la règle nouvelle serait-elle limitée, non seulement aux règlements à durée déterminée, mais encore à ceux qui ne sont prévus que pour une période de temps très brève ; ainsi encore les règlements qui ne comportent pas un engagement positif exprès et précis, mais constituent simplement une déclaration d'intention, devraient, semble-t-il, être maintenus à l'écart du champ de la règle nouvelle.

Mais qu'on nous pardonne cette incursion dans le domaine de la « jurisprudence fiction », qui avait pour seul objet et pour unique prétention de préciser, à partir d'un exemple actuel, la signification qu'il faut donner à la phrase d'expérimentation que suppose l'élaboration de la règle jurisprudentielle (25).

Procédés utilisés (suite) : rôle des articles écrits par les juges. — dans d'autres cas, c'est un article publié par un membre de la juridiction administrative dans une revue juridique qui assurera la diffusion de la solution réformatrice envisagée (26), tout en la maintenant encore à l'écart du droit positif. C'est ainsi peut-être qu'il est possible d'interpréter certaines des propositions novatrices que M. Delmas-Marsalet a développées dans un récent article paru dans « Etudes et Documents » (27) : telle est du moins l'interprétation que M. Letourneur, présentant cet article, en donne : « l'article de mon collègue a notamment le double mérite de montrer que les vieilles conceptions du droit administratif ne sont sans doute plus pleinement adaptées au droit économique et de présenter des solutions neuves » (28).

D'une façon générale, on écrirait volontiers que la création du recueil « Etudes et Documents » au lendemain de la dernière guerre est significative en ce quelle est due à une initiative du Conseil d'Etat lui-même : cette revue constitue ainsi une sorte de tribune pour le juge, suffisamment proche de la Haute Juridiction pour

(25) On peut donner une signification analogue aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Chardeau dans C.E. 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, *Leb.*, p. 342, qui précise de façon rigoureuse la distinction entre les agents contractuels de droit public et ceux qui sont soumis au droit privé ; surtout si l'on remarque que la jurisprudence ultérieure en ce domaine n'a jamais été à ce jour aussi systématique que cet exposé le laissait supposer.

(26) Parfois l'ambition est plus vaste ; et il ne s'agit plus seulement d'« expérimenter » une solution particulière, mais une théorie d'ensemble sur la nature du contentieux administratif. L'exemple peut-être le plus célèbre en est l'article précité de R. Latournerie à propos de la notion de service public, *E.D.C.E.*, 1960 ; l'appel à l'épreuve de la discussion a d'ailleurs été particulièrement entendu à la suite de cet article ; cf. M. Waline : « Compte rendu de l'étude de M. Latournerie », *R.D.P.*, 1961, pp. 708 et s.

(27) J. Delmas-Marsalet : « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat », *E.D.C.E.*, 1969, pp. 133 et s.

(28) M. Letourneur, présentation du n° 22 de Etudes et Documents, *E.D.C.E.*, 1969, p. 12.

que ses lecteurs n'oublient pas que c'est le plus souvent le juge qui s'y exprime ; et cependant limitée par sa nature à une activité purement scientifique.

Procédés utilisés (suite) : rôle des arrêts eux-mêmes. — Plus rarement la règle nouvelle est suggérée, de façon indirecte et comme accidentelle, par le contenu même d'une décision intervenue dans un autre domaine ; ainsi une analyse minutieuse de la motivation des arrêts Ribeyrolles de 1930 (29) et Coache de 1938 (30), permet d'y trouver l'annonce discrète de la règle générale du respect des formalités préalables en matière de sanctions administratives, telle que l'a consacrée la célèbre décision dame veuve Trompier-Gravier (31).

De la même façon, dans le domaine de la responsabilité de l'Etat législateur, plusieurs décisions échelonnées sur une quinzaine d'années, avaient déjà laissé soupçonner la règle nouvelle que consacre le célèbre arrêt Société La Fleurette (32) ; en ne fondant plus sa décision sur le silence du législateur mais sur sa volonté, le Conseil d'Etat laissait entendre qu'il ne se limitait plus à la lettre des textes législatifs, mais entendait les interpréter aussi dans leur esprit (33) ; par ailleurs la Haute Assemblée mentionnait expressément dans les motifs de ses décisions, les domaines dans lesquels le législateur était intervenu, laissant par là-même supposer que l'irresponsabilité de l'Etat n'avait pas une portée absolue (34).

Conclusion sur ce point. — Tous ces procédés qu'utilise le juge ont pour objet d'annoncer la règle nouvelle tout en permettant d'en parfaire l'élaboration ; ce faisant le juge laisse entrevoir une modification prochaine de telle disposition du droit positif, et par ailleurs recueille le bénéfice des suggestions et des critiques que suscite l'apparition de la règle nouvelle : « l'introduction d'une tendance nouvelle est précédée le plus souvent d'une phase en quelque sorte expérimentale » (35).

M. Latournerie parle de la même façon d'une « phase préparatoire », « qui a pour mission de réunir une information complète » (36) ; et G. Scelle exprimait la même idée en écrivant qu'« avant

(29) C.E. 17 janvier 1930, Ribeyrolles, *Leb.*, p. 76.

(30) C.E. 28 octobre 1938, Coache, *Leb.*, p. 798.

(31) C.E. 8 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, *Leb.*, pp. 133 et s.

(32) C.E. 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », S., 1938, 3, 25, concl. Roujou, note Laroque ; la note de M. Laroque est particulièrement éclairante à ce sujet.

(33) C.E. 29 avril 1921, Sté Premier et Henry, S., 1923, 3, 14, note Hauriou ; marquant ainsi un revirement par rapport à C.E. 11 janvier 1838, Duchatelet, *Leb.*, p. 7.

(34) Cf. par exemple C.E. 13 juillet 1923, Fleury et Hauguel, *Leb.*, p. 576 ; C.E. 14 novembre 1923, Chambre syndicale des marchands de reconnaissances du Mont-de-Piété, *Leb.*, p. 726. On peut comparer avec l'élaboration des règles qui gouvernent aujourd'hui la solution à donner au problème de la responsabilité de l'Etat du fait des décisions des juridictions administratives. Il semble que la jurisprudence la plus récente (C.E. 12 juillet 1969, L'Etang, *Leb.*, p. 388) revienne à un principe strictement négatif déjà posé pour C.E. 4 janvier 1952, Pourcelet, *D.*, 1952, p. 304, concl. Delvolvé, après avoir « expérimenté » une jurisprudence plus nuancée (C.E. 28 novembre 1958, Blondet, *R.D.P.*, 1959, p. 982, note Waline).

(35) A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement », in *L.J.C.E.*, *op. cit.*, p. 301.

(36) R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 212.

d'inscrire les nébuleuses au catalogue astronomique, la prudence conseille d'attendre qu'elles se soient quelque peu solidifiées ».

La méthode du juge dans l'élaboration d'une règle jurisprudentielle fait une place importante à la discussion et à l'examen critique : c'est dans cette phase d'expérimentation de la règle qu'il faut chercher la garantie de la qualité du travail jurisprudentiel du juge.

Le juge a alors besoin de la participation critique d'autorités qui lui sont extérieures, en particulier de la doctrine (37) ; alors que la phase suivante, celle de l'effectivité de la règle, met en vedette la finesse et l'habileté du juge, et de lui seul.

§ 3. — *Le juge et l'incorporation de la règle dans le droit positif*

Comment le juge procède pour incorporer la règle nouvelle au droit positif. — La phase d'expérimentation de la règle a permis « la mise au point » de celle-ci, son affinement ; elle en a fait un instrument théoriquement adapté aux fins poursuivies, et dont les avantages et les inconvénients ont été mûrement réfléchis. Mais cette perfection de la règle est par elle-même impropre à lui conférer une quelconque autorité ; règle de droit en puissance, elle en a l'aspect, mais non la force.

A ce moment, c'est donc vers le droit positif que l'attention du juge doit se porter ; il s'agit pour lui d'en modifier le contenu, c'est-à-dire d'abord d'en mesurer la résistance au changement, et en fonction de ce premier examen de définir le cheminement suffisamment prudent, suffisamment lent parfois, qui permettra à la règle nouvelle d'acquérir sans heurt, et presque clandestinement, la qualité de règle de droit.

Pour décrire cet aspect de la méthode du juge, Hauriou redécouvrirait le vocabulaire du stratège : « Comme il arrive presque toujours, pour opérer son évolution, la jurisprudence du Conseil a exécuté un mouvement tournant, c'est-à-dire qu'elle a modifié ses positions sur des points éloignés, enveloppant ainsi peu à peu la position centrale » (38). Et ce n'est pas le simple hasard des mots ; à ce moment de sa tâche jurisprudentielle, la méthode du juge devient stratégie ; elle suppose une vision d'ensemble de la question, une connaissance très précise des forces mises en cause et, en fonction de ces éléments, un véritable plan d'action qui, tout en faisant la part de l'inattendu, organise dans le temps les étapes de la transformation du droit positif.

(37) A noter que, à ce niveau, le rôle de la doctrine est essentiel ; ainsi qu'on l'a exposé (cf. *supra*, partie II, titre I, chapitre I, section I), la doctrine fournit parfois au juge les règles matérielles dont ce dernier fera des dispositions du droit positif ; mais il faut bien comprendre que ce dialogue du juge et de la doctrine se prolonge fréquemment pendant toute la durée de l'élaboration de la règle. Mais peut-être la doctrine est-elle parfois aveugle à discerner la lente élaboration des règles à l'origine desquelles elle ne retrouve pas son intervention.

(38) Hauriou, note sous C.E. 10 février 1905, Tomaso-Gréco, S., 1905, 3, 113.

La méthode des « décisions ponctuelles concordantes ». — D'une façon générale, cette stratégie est en tout point conforme à l'idée qu'en donne Hauriou dans la note précitée : elle consiste à différer l'affirmation expresse de la règle nouvelle pour laisser celle-ci se dégager d'elle-même de décisions concordantes intervenues dans un même domaine (39) ; une fois seulement qu'un substrat abondant de décisions concourant implicitement à un même but a été accumulé et que les effets pratiques de l'innovation ont été prouvés, la jurisprudence nouvelle est « avouée », explicitement publiée et commentée (40). Cette stratégie, on le constate, suppose un certain secret, au moins une grande discrétion de la part du juge qui poursuit son action réformatrice tout en cherchant à donner l'impression de son attachement à la stabilité du droit (41).

Exemples sur ce point. — On peut en donner quelques exemples.

Ainsi, comme le note un auteur, « des principes juridiquement aussi incontestables que celui de l'égalité des citoyens devant la loi, devant l'impôt ou devant les charges publiques ont été maintes fois appliqués, par le Conseil d'Etat, dans les arrêts, avant de s'y affirmer, en quelque sorte à nu, d'une manière pleinement explicite » (42).

La même méthode a présidé à l'apparition dans le droit positif de la théorie jurisprudentielle de l'imprévision. Par un arrêt du 6 août 1855 le Conseil d'Etat avait déjà alloué une indemnité à des entrepreneurs de travaux publics pour la réparation de dommages causés par des « pluies précoces, d'une violence inusitée, exceptionnelle » (43) ; une solution analogue est adoptée quelques années plus tard à propos de difficultés exceptionnelles rencontrées par des entrepreneurs chargés d'extraire des déblais de roches (44) ; la formule est déjà plus précise dans un arrêt de 1905 (45) : « Considérant que l'entrepreneur s'est trouvé, dans l'exécution de ses travaux... aux prises avec des difficultés considérables, tenant à la rencontre de nappes d'eau d'une importance exceptionnelle que l'imprévision de cette rencontre est attestée... que par suite, le sieur Michon est fondé à réclamer une indemnité pour l'aggravation qu'il a subie de sujétions tenant à la présence des eaux, telle qu'elle n'avait pu entrer dans la commune prévision des parties lors de la passation du marché ».

(39) En ce sens, voir la remarque faite par A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement durant la seconde moitié du xix^e siècle », *op. cit.*, p. 301.

(40) P. Soudet : « Une tentative plus que centenaire de systématisation des principes juridictionnels du Conseil d'Etat : Cormenin », *op. cit.*, p. 296.

(41) Cf. encore sur ce point les remarques de M. Latournerie : « La plupart du temps les arrêts qui consacrent des solutions nouvelles sont précédés de quelques décisions, d'une apparence fort modeste, où le germe de la réforme se trouve discrètement déposé, ou qui, du moins, entrouvent les portes à l'éventualité d'une innovation. » R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 212.

(42) R. Latournerie, *op. cit.*, p. 205.

(43) C.E. 6 août 1855, Joly, *Leb.*, p. 575 ; qu'on peut sans doute justifier aussi par appel à la théorie de l'événement de force majeure dans l'exécution des contrats.

(44) C.E. 6 mars 1874, Puymury, *D.P.*, 1874, 3, 75 ; voir sous la même référence six autres arrêts cités concernant la même question de droit.

(45) C.E. 3 février 1905, Ville de Paris c. Michon, *Leb.*, p. 105.

A cette date on ne saurait certes admettre que la théorie de l'imprévision a déjà été « formulée par le juge avec toute la netteté désirable » (46) ; il n'empêche que la construction nouvelle a déjà été appliquée, qu'elle a pris sa place dans le droit positif. En ce sens, l'arrêt du Gaz de Bordeaux (47), qui consacre expressément la théorie jurisprudentielle de l'imprévision, sera accueilli sans surprise par les commentateurs les plus avertis (48), même s'il devait soulever chez d'autres auteurs des critiques passionnées (49).

Finalement, pour une construction jurisprudentielle de l'importance de la théorie de l'imprévision, la pénétration de la règle dans le droit positif s'est étendue sur plus de cinquante années, des solutions particulières de plus en plus précises préparant et annonçant l'adoption de la règle générale (50).

Autre exemple : la façon dont le juge a progressivement préparé le droit positif à accueillir le principe de la responsabilité des services de police qu'admet l'arrêt Tomaso-Greco (51), revenant ainsi sur la règle posée par la jurisprudence Lepreux (52). Le Conseil d'Etat conscient de l'évolution des idées et de la transformation jurisprudentielle que cette évolution rendait nécessaire, a procédé par touches successives, préparant insensiblement le droit positif à la transformation radicale qu'il devait subir ; le juge a d'abord admis la responsabilité de l'Etat dans des matières spéciales, telle la police des ports (53) ou les services de surveillance des crues des cours d'eau (54), ou encore l'exécution précipitée d'un jugement opérée par mesure de police (55) ; cette démarche n'est d'ailleurs pas dépourvue de toute hésitation, voire de retours occasionnels à la jurisprudence traditionnelle : comme le remarque Hauriou (56), « à la date du 5 février 1904, le Conseil d'Etat hésitait encore à condamner l'Etat dans une affaire de police de mœurs et d'arrestation arbitraire, et il semblait inviter la requérante à poursuivre plutôt en responsabilité personnelle les agents qui

(46) L'expression est utilisée, à ce sujet, par G. Jèze, *R.D.P.*, 1932, p. 330.

(47) C.E. 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux, *S.*, 1916, 3, 17, concl. Chardenet, note Hauriou ; la lecture des très longues conclusions du Commissaire du Gouvernement est particulièrement intéressante pour notre propos.

(48) Cf. la note d'Hauriou sous cet arrêt (*S.*, 1916, 3, 17) : « Le Conseil d'Etat a élaboré, depuis un certain nombre d'années, une théorie du contrat de concession de service public qui est allée toujours s'éloignant des principes du droit civil, et qui devait le conduire tout naturellement aux mesures qu'il a prises dans l'affaire de la Compagnie du Gaz de Bordeaux. »

(49) Cf. Duguit, Lettre, in *Revue polit. et parlem.*, mai 1916, p. 264.

(50) Sur cet exemple, on consultera la très belle thèse de M. Chrétien, pluridisciplinaire avant la lettre, et qui développe en particulier la théorie de l'imprévision comme un exemple d'une règle de droit d'origine jurisprudentielle. M. Chrétien, *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle, leur formation, leurs caractères*, th. Lille, 1936 (Lille, Imp. Daniel, 1936), en particulier pp. 47 et s.

(51) C.E. 10 février 1905, Tomaso-Gréco, *D.*, 1906, 381, concl. Romien.

(52) C.E. 13 janvier 1899, Lepreux, *S.*, 1900, 3, 1, note Hauriou : « L'Etat n'est pas en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents. »

(53) C.E. 22 mars 1902, Gourdin et Patfour, *S.*, 1905, 3, 23.

(54) C.E. 13 janvier 1899, Sté des produits céramiques de Boulogne-sur-Mer, *S.*, 1901, 3, 68.

(55) C.E. 27 février 1903, Olivier et Zimmermann, *S.*, 1903, 3, 17, note Hauriou.

(56) Note sous C.E. 10 février 1905, Tomaso-Gréco, *S.*, 1905, 3, 113.

avaient opéré l'arrestation » (57). L'arrêt Tomaso-Greco qui, le premier, envisage la responsabilité de l'Etat pour une mesure de police proprement dite aura donc été précédé d'un patient travail de préparation du droit existant poursuivi sur plusieurs années.

Conclusion sur ce point. — Telle paraît être à ce stade la méthode du juge administratif ; à l'affirmation brutale de la règle nouvelle le juge préfère la découverte indirecte de celle-ci par « le rapprochement à la longue des solutions données à des litiges semblables » (58) ; il est d'ailleurs amusant de constater que le Conseil Constitutionnel, dont nous avons dit tout ce qu'il devait du point de vue des méthodes au Conseil d'Etat, semble bien avoir adopté cette même stratégie (59), qui lui a valu, à l'origine, l'étonnement critique de nombre de commentateurs (60).

L'apparition de la règle nouvelle dans le droit positif précède ainsi, le plus souvent, sa formulation jurisprudentielle ; c'est sur l'étude de cette dernière qu'il convient désormais de se pencher.

Section II. — Les méthodes du juge dans la formulation d'une règle jurisprudentielle

Objet de la Section. — A l'issue du travail d'élaboration qui a été décrit, vient un moment où la règle nouvelle accède sans réserve au domaine du droit positif avec à la fois la précision et la stabilité qui s'attachent à la règle de droit.

Sans doute, on l'a dit, certaines applications particulières de la règle nouvelle précèdent-elles, dans la majorité des cas, l'affirmation de la portée générale de celle-ci ; mais il s'agit de solutions ponctuelles ; certainement pas de la formulation d'une règle de droit, destinée à régir tout un secteur du droit positif ; or c'est sur ce second temps de l'activité jurisprudentielle du juge que doit maintenant porter la réflexion.

En d'autres termes, la recherche doit s'orienter vers la découverte de l'arrêt de principe ; encore faut-il préciser la signification exacte de cette expression, si couramment employée.

Recherche d'une définition de l'arrêt de principe. — Parmi les décisions que rend le juge administratif une distinction fondamentale — plus facile d'ailleurs à poser qu'à utiliser dans chaque cas particulier — doit être faite entre arrêts de principe et arrêts d'application ; les seconds correspondent exclusivement à l'accomplis-

(57) C.E. 5 février 1904, Ginière, *Leb.*, p. 88 : « Considérant que..., si la requérante se croit fondée à soutenir qu'elle a été victime d'une arrestation arbitraire..., ce n'est pas contre l'Etat et devant la juridiction administrative qu'elle doit porter son action. »

(58) J. Rivero, *Droit administratif*, 2^e éd., n° 71, p. 69.

(59) Cf. pour un autre exemple de cette méthode, dans le droit de la fonction publique, les observations de M. Querrien : « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique », *op. cit.*, p. 313.

(60) Cf. à ce sujet les très fines remarques de L. Favoren : « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *R.D.P.*, 1967, pp. 5 et s., spécialement p. 113.

sement de la mission juridictionnelle du juge : ils s'analysent en une application raisonnée de certaines dispositions du droit positif à une espèce particulière ; au contraire l'ambition des premiers est plus grande : lorsqu'il y a recours, le juge se fait législateur ; par là-même, leur portée n'est pas limitée à l'espèce qu'ils tranchent ; ils prennent naturellement place parmi les sources du droit objectif parce que leur rôle essentiel est de créer du droit. L'arrêt de principe apparaît ainsi comme la source formelle d'une disposition générale, indépendante de l'espèce, dont la vocation est, dans son domaine, universelle. Il inclut en lui-même ou dans son contexte un principe d'application générale (61).

A mi-chemin entre les arrêts de principe et les arrêts d'application, certains auteurs (62) ont accordé une place à des arrêts dits « de transition » ; en réalité ces derniers correspondent le plus souvent à la phase de préparation du droit positif à la jurisprudence nouvelle, phase qui a été précédemment décrite (63) : l'arrêt de transition prépare l'arrêt de principe.

Diversité des arrêts de principe. — L'arrêt de principe ne doit pas être compris comme la première manifestation d'une solution nouvelle : ainsi qu'il a été montré, l'adoption de solutions réformatrices sur des points particuliers précède en effet, le plus souvent, l'affirmation d'une règle nouvelle (64). L'arrêt de principe est intéressant parce qu'il propose cette règle nouvelle dans sa généralité, sans restriction, et par conséquent indépendamment de l'espèce qui est en cause (65).

Dans ces conditions, on comprend aisément la grande diversité des arrêts de principe : certains feront droit à la demande du requérant, d'autres, les plus nombreux, la rejeteront (66) ; certains exprimeront littéralement la règle nouvelle, d'autres ne la formuleront pas explicitement, laissant à l'interprète le travail, parfois délicat, de la découverte. Ainsi l'expression de formulation de la règle nouvelle ne doit pas être prise ici dans son sens littéral, mais dans le sens plus large d'expression de la règle, car le juge a recours aux modes de formulation les plus variés pour exprimer celle-ci.

D'autre part, l'ambition de cette section doit être limitée au recensement et à l'examen de ces divers procédés, sans qu'il soit possible, de façon générale, d'indiquer pourquoi, dans chaque cas, le juge choisit d'adopter l'un plutôt que l'autre (67).

(61) C'est, à peu de chose près, la définition que suggère Hauriou de l'arrêt de principe, dans sa note sous C.E. 30 novembre 1923, Couiteas, S., 1923, 3, 57, note Hauriou concl. Rivet.

(62) Cf. par exemple P. Arrighi : « Hauriou : un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 343.

(63) Cf. *supra*, § 3 de la section I de ce même chapitre.

(64) Cf. *supra*, pp. 224 et s.

(65) C'est d'ailleurs, parmi d'autres, une des raisons qui explique les difficultés qu'il y a parfois pour l'interprète à distinguer l'arrêt de principe ; rien n'est plus éclairant à ce sujet que certaines des erreurs d'appréciation commises par Hauriou ; cf. à ce sujet les exemples recensés par J. Fournier : « Maurice Hauriou, arrétiste », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 155 et s., en particulier p. 157.

(66) Cf. *infra*, pp. 232 et s.

(67) A la vérité, on peut penser qu'il y a là avant tout une question d'opportunité, et que l'adoption de telle ou telle méthode pour faire d'une décision un arrêt de principe est d'abord fonction des circonstances et des conditions de travail du juge.

Plan de la Section. — L'arrêt de principe sera ainsi, en fonction des méthodes utilisées par le juge pour le formuler, révélé soit par ses caractères intrinsèques (§ 1^{er}), soit par les circonstances qui l'entourent (§ 2).

§ 1^{er}. — *L'arrêt de principe révélé par ses caractères intrinsèques*

Présentation de la question. — Pour conférer à une décision juridictionnelle la force d'un arrêt de principe, qui comporte en lui la formulation d'une règle de droit nouvelle, le juge peut évidemment agir sur la motivation de la décision, plus exceptionnellement sur ses visas, parfois enfin tenir compte de son dispositif (68).

La motivation d'une décision de principe : affirmation expresse de la règle. — L'action sur la motivation est, à premier vue, la plus immédiate ; c'est aussi celle à laquelle l'interprète des décisions du juge administratif prête tout naturellement attention ; il est naturel que le juge qui souhaite conférer à une décision l'autorité d'un arrêt de principe, le précise dans la partie de l'arrêt qui est, le plus totalement, sa création : la motivation.

Encore le juge dispose-t-il, pour ce faire, d'une panoplie de méthodes assez complète.

La solution la plus simple consiste certainement à insérer expressément la règle nouvelle dans la motivation de l'arrêt. Celui-ci est alors l'occasion pour le juge d'affirmer la règle nouvelle, sous sa forme générale et abstraite ; celle-ci peut-être immédiatement considérée comme indépendante de l'espèce ; elle est matériellement proche de la règle légale.

L'arrêt Maire de Nérès-les-Bains (69) est ainsi pour le Conseil d'Etat l'occasion d'affirmer « que, si l'article 99 (de la loi du 5 avril 1884) autorise le préfet à faire des règlements de police municipale pour toutes les communes du département ou pour plusieurs d'entre elles, aucune disposition n'interdit au maire d'une commune de prendre sur le même objet et pour sa commune, par des motifs propres à cette localité, des mesures plus rigoureuses ».

Autre exemple trop célèbre pour qu'il soit utile de le reproduire ici, le considérant de principe de l'arrêt Blanco (70) et (71).

Même méthode encore dans l'arrêt consorts Lecomte (72) : « Considérant que si, en principe, le service de police ne peut être tenu pour responsable que des dommages imputables à une faute lourde commise par ses agents dans l'exercice de la leurs fonctions, la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée, même en l'absence d'une telle faute dans le cas où le personnel de la police fait usage d'armes ou engins comportant des

(68) Sauf le cas, extérieur au présent paragraphe, où le caractère de principe de la décision résulte suffisamment des circonstances qui entourent l'arrêt. Cf. sur ce point § 2 de la présente section.

(69) C.E. 7 juin 1902, Maire de Nérès-les-Bains, S., 1902, 3, 81, note Hauriou.

(70) T.C. 8 février 1873, Blanco, D., 1873, 3, 17, concl. David.

(71) En réalité l'arrêt Blanco comporte, non pas un seul, mais deux « considérants » de principe ; le premier concerne l'autonomie du régime de la responsabilité publique ; le second les caractères essentiels de cette responsabilité.

(72) C.E. 24 juin 1949, consorts Lecomte, R.D.P., 1949, p. 583, note Waline.

risques exceptionnels pour les personnes et pour les biens, et où les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence de ce service public ».

Dans ces exemples — et l'on pourrait en citer d'autres (73) — la règle nouvelle est expressément formulée ; elle peut être matériellement dégagée de l'arrêt, sans que cela réclame, de la part de l'interprète, le secours d'aucune opération intellectuelle ; elle est directement intelligible et ne diffère dans sa forme de la règle légale que parce qu'elle est précédée par le terme « considérant ».

De ces exemples il faut rapprocher ceux dans lesquels le juge, tout en affirmant littéralement la règle nouvelle, ne lui confère cependant pas une tournure parfaitement abstraite ; la règle reste, en la forme, liée à la relation des faits de la cause ; mais le travail de l'interprète demeure des plus réduits ; la formulation de la règle abstraite n'est alors qu'affaire de vocabulaire.

Ainsi du motif célèbre de l'arrêt Thérond (74) : « Considérant qu'en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur Thérond, la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public ; qu'ainsi les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une juridiction, de la compétence du Conseil d'Etat ». La règle de droit abstraite que formule cette décision de principe se dégagera immédiatement par simple substitution des mots « une personne » aux mots « le sieur Thérond », et des mots « une personne publique » aux mots « la ville de Montpellier ».

De la même façon la règle générale qu'affirme l'arrêt Deplanque (75), en matière de sanctions envers le concessionnaire, se déduit immédiatement du remplacement des mots « la ville de Nouzon » par « le concédant ».

D'autres exemples (76) pourraient encore être donnés de cette méthode, tel l'arrêt bien connu Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen (77).

(73) Cf. encore, par exemple, C.E. 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables, *R.D.P.*, 1951, p. 212, concl. Odent, note Waline ; T.C. 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, *S.*, 1952, 3, 1, note Auby ; C.E. 28 juillet 1951, Laruelle et Delville, *S.*, 1952, 3, 25, note Mathiot ; C.E. 20 avril 1956, époux Bertin, *R.D.P.*, 1956, 869, concl. Long, note Waline ; C.E. 18 décembre 1959, Sté « Les films Lutétia » et autres, *D.*, 1960, p. 171, note Weil.

(74) C.E. 4 mars 1910, Thérond, *S.*, 1911, 3, 17, concl. Pichat, note Hauriou.

(75) C.E. 31 mai 1907, Deplanque, *D.*, 1907, 3, 81, concl. Romieu ; le motif de principe est le suivant : « Considérant que, si aucune sanction de ces faits n'a été expressément prévue au Cahier des charges, ils n'en constituent pas moins, de la part de l'entrepreneur, l'inexécution de ses obligations, et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité à la ville de Nouzon, à raison du préjudice qui en est résulté pour elle. »

(76) Cf. par exemple C.E. 28 mars 1919, Regnault-Desrozières, *S.*, 1918-1919, 3, 25, note Hauriou ; ou T.C. 22 janvier 1921, Sté commerciale de l'ouest africain, *S.*, 1924, 3, 34, concl. Matter.

(77) C.E. 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen, *S.*, 1902, 3, 17, concl. Romieu, note Hauriou ; cf. encore C.E. 7 avril 1933, Deberles, *S.*, 1933, 3, 68, concl. Parodi ; C.E. 24 juin 1960, Sté Frampar et *a.*, *D.*, 1960, p. 744, note Robert.

La motivation de l'arrêt (suite) : affirmation implicite de la règle. — A côté des décisions de principe qui, dans leurs considérants, énoncent expressément la règle dont procède la solution, il en est d'autres « plus fréquentes », « qui sous-entendent cette règle et l'appliquent sans l'expliciter » (78). Le travail de découverte de l'arrêt de principe devient alors délicat, et on devine que l'interprète n'est plus à l'abri des faux pas (79). Comme l'écrit un observateur des plus autorisés : « certes la règle est toute entière dans l'arrêt ; de la seule volonté du juge, elle tire et son contenu et son autorité, mais elle n'y est souvent que comme le métal dans le minerai : il ne devient utilisable que par un travail qui le manifesterà dans sa pureté ; ainsi de la règle jurisprudentielle » (80).

C'est la méthode que le juge a utilisée pour affirmer l'existence en droit français d'organismes privés d'intérêt public : la décision Etablissements Vezia (81) ne comporte en effet par elle-même aucune affirmation explicite de la règle nouvelle : la reconnaissance de son caractère de décision de principe suppose qu'à partir du texte lui-même un délicat travail d'interprétation soit mené à bien. Il en va de même du célèbre arrêt Prince Napoléon (82) qui, par lui-même se présente comme une courte narration de faits précis, et qui cependant est traditionnellement présenté comme la formulation de principe de la règle de l'objectivité des actes de gouvernement, règle qui correspond elle-même à l'abandon du critère dit du « mobile politique ».

Dans ces exemples la règle qui n'est pas exprimée n'est ainsi formulée par le juge qu'avec une extrême discrétion ; elle n'en existe pas moins car elle explique le sens de la décision ; mais, pour qu'elle soit perçue dans sa généralité le juge doit, à titre de complément, faire appel à d'autres procédés.

La motivation de l'arrêt (suite) : autres procédés utilisés par le juge. — Ceux-ci sont extrêmement nombreux, et on ne peut songer ici qu'à en donner quelques exemples.

L'arrêt de principe peut ainsi être révélé par la répétition d'une même formule, littéralement reproduite dans deux décisions successives (83) ; l'indépendance de la règle par rapport à l'espèce résulte alors suffisamment de cette répétition. Ainsi par exemple de la

(78) J. Rivero : « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, pp. 27 et s., spécialement p. 35.

(79) Cf. les exemples donnés à propos d'Hauriou par J. Fournier, *E.D.C.E.*, 1957, *op. cit.*, p. 157 ; ou pour donner un exemple plus récent, l'arrêt T.C. 22 janvier 1955, Naliato, *D.*, 1956, p. 58, note Eisenmann qui, présenté d'abord comme une importante décision de principe (Cf. les conclusions du Commissaire du Gouvernement Chardeau), a finalement été interprété, semble-t-il, comme une décision d'espèce (ce que permettait la locution « en l'espèce » employée dans sa rédaction).

(80) J. Rivero, *op. cit.*, *supra*, note 78, *E.D.C.E.*, 1955, p. 35. L'auteur ajoute que la règle jurisprudentielle a alors besoin pour s'appliquer d'une sorte de « publication » qui en précise la signification et la fasse connaître. Ici encore l'œuvre de la doctrine est essentielle.

(81) C.E. 20 décembre 1935, Etablissements Vezia, *R.D.P.*, 1936, p. 119, concl. Latournerie.

(82) C.E. 19 février 1875, Prince Napoléon, *Leb.*, p. 155, concl. David.

(83) Cf. sur ce point, *supra*, pp. 101 et s.

règle qui affirme l'indépendance du juge administratif par rapport à la chose jugée au pénal (84).

Dans d'autres cas, comme on l'a précédemment (85) laissé entendre, c'est l'utilisation de l'expression « en tout état de cause » qui exprimera la transcendance de la règle par rapport à l'espèce.

Il se peut aussi que le juge, au lieu d'exprimer directement la règle nouvelle la dissimule derrière une quelconque tournure logique : il faudra alors à l'interprète une certaine agilité intellectuelle pour le conduire à la « redécouverte » de cette règle ; à cet égard c'est le plus fréquemment au raisonnement *a contrario* qu'il aura à faire appel (86).

Dans de telles hypothèses, il faut bien admettre avec M. Rivero que « la règle jurisprudentielle se caractérise par un certain hermétisme ; les formules par lesquelles elle s'exprime ne sont pas toujours intelligibles par elles-mêmes ; il faut, pour les comprendre, se familiariser avec le langage du juge administratif » (87). Simple-ment, on pourrait ajouter qu'une des raisons de cette difficulté tient à la grande diversité des procédés utilisés, parfois cumulativement par le juge, pour formuler, par le jeu d'une décision particulière, une règle de portée générale.

Les visas de l'arrêt de principe. — Dépasant l'analyse de la motivation, c'est parfois dans les visas de la décision qu'il faut chercher le critère de l'arrêt de principe. Toutefois cette méthode est, de la part du juge, d'utilisation exceptionnelle et, en toute hypothèse, est alors généralement combinée avec d'autres procédés (88).

S'agissant en premier lieu des visas des conclusions de parties, on peut penser que lorsque ceux-ci sont rédigés en termes strictement juridiques, et laissent de côté la discussion de fait qui s'est établie entre elles, la décision a sa place, au-delà du litige qu'elle tranche, parmi les dispositions du droit objectif.

Les visas des textes peuvent également jouer leur rôle ; des visas insolites, différents de ceux que retient habituellement le juge pour cette catégorie de litiges, annonceront fréquemment la formulation d'une règle de droit nouvelle ; le juge exprime par là sa volonté de quitter les sentiers battus de la jurisprudence tradition-

(84) Même formule dans C.E. 15 décembre 1950, Bugnot, *Leb.*, p. 623, et C.E. 10 juillet 1954, Dame Veuve Théodebert Agésilas, req. n° 20543 : « Si la juridiction administrative est liée par les constatations de fait de la décision pénale, on ne saurait invoquer devant elle l'autorité de la chose jugée quant aux conséquences juridiques à déduire de ces constatations pour l'appréciation de la responsabilité de l'Etat. » On peut y voir d'ailleurs l'application, dans un domaine particulier, de la règle générale posée par le Tribunal des Conflits, T.C. 12 décembre 1942, Delle de Murard, *Leb.*, 1943, p. 319 : « Considérant que l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'au dispositif des jugements ; que, pour qu'elle s'étende aux motifs, il faut que ceux-ci, rattachés au dispositif par un lien nécessaire, soient indispensables pour en déterminer ou en compléter le sens » ; principe textuellement repris par T.C. 21 juillet 1949, Juéry c. Maze, *Leb.*, p. 608.

(85) Cf. *supra*, pp. 108 et s.

(86) Un seul exemple, très connu, la règle que formule implicitement l'arrêt Tomaso-Gréco (*Leb.*, p. 139, concl. Romieu) n'est perçue qu'au terme d'un raisonnement *a contrario*.

(87) J. Rivero, *Droit administratif, op. cit.*, n° 71, p. 69.

(88) D'autre part, l'examen sur ce point est rendu très difficile par la publication générale d'arrêts dépourvus de visa dans les recueils juridiques. Sur ce point, cf. *supra*, pp. 78 et s.

nelle pour promouvoir une construction différente ; le juge vise alors le plus volontiers des textes anciens qu'il « redécouvre », comme si l'autorité des ancêtres devait cautionner la règle nouvelle qu'il impose. C'est ainsi que le visa dans les décisions du Conseil d'Etat de la loi du 7-14 octobre 1970 coïncide à peu près chronologiquement avec l'affirmation jurisprudentielle de l'autonomie du contentieux de l'excès de pouvoir (89) et (90).

Le sens de la décision de principe. — Très fréquemment, le juge qui cherche à formuler à travers une décision la règle nouvelle sera attentif à ne pas modifier pour autant la solution pratique à laquelle aurait abouti la jurisprudence ancienne. La transformation jurisprudentielle s'abrite ici derrière le conformisme juridictionnel : la solution d'espèce adoptée, c'est-à-dire finalement le dispositif de la décision, est ainsi celle-là même qui résulterait de l'application du droit ancien. Par ce moyen, le juge prévient habilement le reproche fréquemment fait au droit jurisprudentiel d'être générateur d'insécurité parce que rétroactif par nature ; il assure simultanément la transformation du droit positif et la solution du litige en application du droit qui existait au moment où il est apparu.

Certes la méthode qui est analysée ici n'est pas d'application universelle, et on trouverait de nombreux exemples où la formulation de la règle nouvelle a coïncidé avec sa première application ; mais une étude systématique permettrait sans doute de constater que tel n'est pas le cas de la majorité des arrêts de principe (91).

L'arrêt Martin (92) donne un exemple de cette méthode de sagesse ; quelques mois auparavant l'arrêt Tomaso-Greco (93) illustrait la même méthode ; on pourrait encore citer ici, parmi les décisions les plus célèbres, les arrêts Delle Bobard et autres (94), Prince Napoléon (95), Lot (96), Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli (97) ; moins connu peut-être, l'arrêt Société Amann-Firmerie (98) qui, quatre ans avant l'arrêt La Fleurette (99), admettait déjà implicitement l'hypothèse d'une responsabilité du fait des lois, mais se gardait d'en faire application à l'espèce, les conditions mises à l'application de la règle nouvelle n'étant pas réunies. Plus récemment l'arrêt Société

(89) Cf. sur ce point les remarques de R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 253.

(90) C'est à une motivation analogue que répondent sans doute les abondantes références aux solutions législatives et jurisprudentielles anciennes dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu dans l'arrêt C.E. 10 février 1905, Tomaso-Greco, *Leb.*, p. 139, concl. Romieu. Cf. aussi, en général, P. Landon : « Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954 », *L.G.D.J.*, Paris.

(91) Ce qui signifie le plus fréquemment que ceux-ci sont des arrêts de rejet.

(92) C.E. 4 août 1905, Martin, *S.*, 1906, 3, 49, note Hauriou.

(93) C.E. 10 février 1905, Tomaso-Greco, *S.*, 1905, 3, 113, note Hauriou.

(94) C.E. 3 juillet 1936, Dlle Bobard et autres, *D.*, 1937, 3, 38, concl. Latournerie.

(95) C.E. 19 février 1875, Prince Napoléon, *Leb.*, p. 155, concl. David.

(96) C.E. 11 décembre 1903, Lot, *S.*, 1904, 3, 113, note Hauriou.

(97) C.E. 21 décembre 1906, Syndicat des Propriétaires et Contribuables du Quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *S.*, 1907, 3, 33, note Hauriou.

(98) C.E. 16 mars 1934, *Leb.*, p. 354.

(99) C.E. 14 janvier 1938, Sté anonyme des Produits laitiers « La Fleurette », *R.D.P.*, 1938, 87, concl. Roujou, note Jeze.

Eky (100), qui constitue le premier exemple d'un contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur la constitutionnalité des règlements autonomes édictés par l'autorité gouvernementale en application de l'article 37 de la Constitution de 1958, a abouti en l'espèce à une décision de rejet jugée « particulièrement décevante » par certains commentateurs (101).

Toutes ces décisions adoptaient une solution conforme à celle que comportait la jurisprudence classique, et ainsi, elles étaient plus facilement acceptées ; leur intérêt vient uniquement de ce qu'elles situent ladite solution sur un terrain nouveau, apportant par là leur contribution à l'élaboration jurisprudentielle.

Le rôle du silence dans la décision de principe. — Pour terminer sur ce point, il est nécessaire de dire un mot de cette méthode particulière du juge qui consiste à promouvoir la règle nouvelle par le simple jeu du silence gardé par l'arrêt sur un argument soulevé par l'une des parties ; c'est en général l'examen direct au fond d'une espèce qui vaut implicitement consécration de la règle nouvelle.

Ainsi dans l'arrêt déjà plusieurs fois mentionné Tomaso-Greco (102), l'examen direct au fond des conditions de l'accident établit, par sa seule existence, l'abandon de la règle jurisprudentielle ancienne d'irresponsabilité de la puissance publique pour les agissements des services de police (103). Autre exemple, la façon dont le Conseil d'Etat dans l'arrêt Martin (104) examine directement le fond de la requête, sans s'attacher à l'argumentation de l'Administration qui soutenait que les délibérations attaquées, ayant abouti à la conclusion d'un contrat, ne pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, mais ne relevaient que du juge du contrat (105) ; par cette décision, toute la théorie des actes détachables en matière contractuelle prenait place dans le droit positif ; mais l'arrêt n'en disait mot.

Lorsque le juge a recours à cette dernière méthode, l'arrêt est évidemment assez éloigné d'une « formulation » (au sens habituel du terme) de la règle nouvelle ; telle est pourtant sa signification principale.

Conclusion sur ce point. — Des diverses méthodes qui viennent d'être recensées et qui sont utilisées par le juge pour faire d'une décision une décision de principe — c'est-à-dire finalement pour formuler une règle de droit — il est juste d'ajouter qu'elles sont rarement employées de façon isolée, mais en général, combinées dans le cadre d'une même décision.

(100) C.E. 12 février 1960, Sté Eky, *D.*, 1960, p. 263, note L'Huillier.

(101) L'Huillier, note précitée sous C.E. 12 février 1960, Sté Eky, *D.*, 1960, p. 264, qui ajoute que « les motifs (de la décision) révèlent de la part des juges la plus regrettable timidité dans l'accomplissement de leur rôle de défenseur des libertés publiques et des droits individuels ».

(102) C.E. 10 février 1905, Tomaso-Greco, *D.*, 1906, p. 381, concl. Romieu.

(103) Celle-ci résultait de l'arrêt C.E. 13 janvier 1899, Lepreux, *S.*, 1900, 3, 1, note Hauriou.

(104) C.E. 4 août 1905, Martin, *D.*, 1907, 3, 49, concl. Romieu.

(105) On remarquera que, dans ces deux exemples (Tomaso-Greco et Martin), le juge emploie cumulativement la méthode du silence et de l'examen direct au fond, et celle de l'adoption d'une solution conforme à la jurisprudence ancienne.

Et, pour être complet, il convient maintenant d'ajouter à ce premier examen celui des méthodes que le juge utilise indépendamment de la rédaction de l'arrêt lui-même.

§ 2. — *L'arrêt de principe révélé par les circonstances qui l'entourent*

Objet du paragraphe. — Désireux de formuler une règle de droit nouvelle sans cependant s'affirmer législateur, le juge s'attachera à faire connaître les circonstances particulières qui entourent sa décision et lui confèrent éventuellement son autorité de principe ; dans la formulation de la règle jurisprudentielle, les méthodes de rédaction de la décision trouvent un complément nécessaire dans l'utilisation des données particulières à l'espèce.

Nous sommes ainsi invités à poursuivre la recherche des caractéristiques de l'arrêt de principe, d'une part par l'étude de la procédure qui a été suivie et, d'autre part, par l'examen des circonstances de fait du litige.

La procédure : le rôle des conclusions du Commissaire du Gouvernement. — Le rôle des Commissaires du Gouvernement est essentiel lorsque le juge procède à la formulation d'une règle de droit. Alors que, lorsqu'il s'agissait de l'activité juridictionnelle du juge, le rôle central appartenait au rapporteur (106), le Commissaire du Gouvernement a la première place pour tout ce qui concerne l'activité jurisprudentielle. Il est, à l'intérieur de la juridiction administrative, l'organe législatif par excellence (107) ; c'est à lui que revient fréquemment l'initiative de la règle nouvelle ; sur lui que pèse la charge d'en suivre la lente élaboration ; et, nécessairement, il intervient encore au moment de la formulation de la règle : c'est bien souvent la lecture attentive des conclusions des Commissaires du Gouvernement qui révélera l'arrêt de principe.

A cet égard, on peut exprimer, à la suite de M. Gazier (108), l'esquisse d'une typologie des conclusions des Commissaires du Gouvernement. La très grande majorité de celles-ci, destinées, suivant la formule consacrée, à présenter une solution « en se plaçant du seul point de vue de la loi », n'ont laissé aucune trace ; à leur sujet nous parlerions volontiers de « conclusions d'application du droit ». Dans d'autres cas, le Commissaire du Gouvernement s'attache à démontrer à ses collègues l'imperfection du droit existant et la nécessité d'une solution réformatrice que ceux-ci ne connaissent pas encore : on parlera alors de « conclusions d'information des juges » ; dans de semblables hypothèses, la règle nouvelle proposée par le Commissaire du Gouvernement n'a que peu de

(106) Cf. *supra*, p. 71 et s.

(107) Signalons sur ce point, dans une perspective historique, T. Sauvel : « Les origines des Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *R.D.P.*, 1949, pp. 5 et s. ; à partir d'une étude consacrée au plus célèbre d'entre eux, G. Cahen-Salvador : « Un grand Commissaire du Gouvernement : Romieu », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 323 et s., spécialement pp. 328 à 330 ; et les remarques de J. Rivero, *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1955, p. 28.

chance d'être immédiatement adoptée (109) ; mais elle est portée à la connaissance des juges (110), et susceptible de bénéficier alors du travail d'élaboration jurisprudentielle qui a été précédemment décrit (111).

Il est enfin une troisième catégorie de conclusions, qui consistent en une sorte d'exposition doctrinale d'une règle nouvelle ; celles-là accompagnent en général une décision de principe, et c'est pourquoi il est possible de parler à leur égard de « conclusions de formulation du droit » ; ce sont évidemment celles qui intéressent ici.

Or ce type de conclusions, par lui-même, peut se présenter de deux façons différentes, suivant que la formulation de la règle nouvelle est faite directement, littéralement, ou bien qu'elle résulte, de façon implicite, de l'exposé général auquel se livre le Commissaire du Gouvernement. L'appel à quelques exemples permettra de mieux comprendre l'une et l'autre méthode.

Exemples sur ce point. — Dans certains cas, la règle nouvelle est formulée directement par le Commissaire du Gouvernement et sous sa forme littérale la plus simple ; ainsi les conclusions du Commissaire du Gouvernement David dans l'arrêt Prince Napoléon (112) : « pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du Gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des Ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique ». Ainsi encore de l'affirmation par Romieu dans ses conclusions dans l'arrêt Terrier (113) que « toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers, ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, sont de la compétence administrative... » (114) ; un autre exemple est fourni par les conclusions du Commissaire du Gouvernement Chardeau dans l'arrêt Affortit et Vingtain (115) qui posent la règle d'après laquelle : « relèvent du droit public tous les agents, quelles que soient les clauses de leur contrat, qui ont pour mission d'assurer le fonctionnement du service public administratif dont ils font partie, qui collaborent aux buts poursuivis par le service. Ne relèvent du droit privé que les contractuels engagés pour des tâches qui ne sont que l'accessoire, l'annexe de la mission de service public » (116).

(108) F. Gazier : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement depuis 1900 », in *L.J.C.E., op. cit.*, pp. 303 et s., dont l'optique est un peu différente.

(109) Ainsi, pour revenir à un exemple qui a déjà été mentionné dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Kahn dans l'arrêt C.E. 26 janvier 1961, Vannier, *Leb.*, p. 60, concl. Kahn.

(110) C'est ce rôle des Commissaires du Gouvernement qui fait dire d'eux, à très juste titre, par M. Rivero, qu'ils constituent entre la doctrine et le juge « des intermédiaires privilégiés » (J. Rivero, *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1958, p. 28).

(111) Cf. *supra*, section I, § 2, de ce chapitre.

(112) Concl. David dans C.E. 19 février 1875, Prince Napoléon, *Leb.*, p. 155.

(113) C.E. 6 février 1903, Terrier, *S.*, 1903, 3, 25, concl. Romieu.

(114) Principe d'ailleurs complété par le jeu d'une exception : celle de la gestion privée (cf. concl. Romieu sous le même arrêt, *eod. loc.*).

(115) C.E. 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, *Leb.*, p. 342, concl. Chardeau.

(116) Il semble toutefois que la jurisprudence intervenue depuis 1954 n'ait pas toujours admis ce double principe dans sa généralité. Ainsi, les arrêts C.E. 3 janvier 1958, Leyras, *Leb.*, p. 2, et C.E. 2 janvier 1963, Amicale des Cadres

Dernier exemple emprunté au droit de la responsabilité des collectivités publiques pour les dommages subis par un collaborateur bénévole du service public : on sait que la jurisprudence actuelle exige pour accorder la réparation que l'appel au secours auquel a déferé le collaborateur bénévole ait eu un caractère public ; or cette règle dont le contenu a d'ailleurs varié, n'a jamais été expressément affirmée par les arrêts eux-mêmes ; elle résulte en fait uniquement des conclusions des Commissaires du Gouvernement dans plusieurs affaires successives (117).

Dans d'autres cas la méthode du Commissaire du Gouvernement est un peu différente ; il ne propose pas une formulation littérale de la règle nouvelle ; mais ses conclusions prennent des allures d'exposé doctrinal : elles ne se limitent pas à un rappel du droit ancien, mais s'attachent à situer celui-ci dans le contexte qui l'accompagne son apparition ; à rechercher, non plus seulement le sens de la jurisprudence passée, mais « les raisons » de celle-ci ; par là-même, elles font plus facilement admettre la relativité du droit existant et la nécessité de la règle nouvelle.

C'est la méthode suivie par Aucoc dans ses conclusions sous l'arrêt Bizet (118), dans lesquelles il poursuit une analyse très minutieuse de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'admission du recours pour excès de pouvoir, en s'interrogeant à chaque pas sur les « raisons » — c'est le terme que lui-même emploie — des solutions passées. C'est la même démarche qu'adopte Romieu dans ses conclusions dans l'arrêt Tomaso-Greco (119) ; la seconde phrase de celles-ci, qui en annonce le plan, le fait nettement comprendre : « il est exact que, pendant un certain temps, la jurisprudence a cru pouvoir formuler cette règle que les actes de police et de puissance publique n'étaient pas de nature à engager la responsabilité pécuniaire de l'Administration. Mais on a fini par reconnaître les inconvénients, les contradictions, les conséquences iniques auxquelles pouvait conduire cette formule beaucoup trop absolue » (120).

supérieurs de la R.T.F., généralement cités, ne paraissent guère probants, eu égard à l'importance relative des postes concernés. On peut alors se demander si les conclusions du Commissaire du Gouvernement dans cette espèce n'appartiennent pas surtout à la catégorie des conclusions « d'information du juge » et ne se situent pas au départ de la phase d'élaboration d'une règle nouvelle plutôt qu'au stade final de la formulation. Cf. sur ce point la note d'A. de Laubadère sous C.E. 20 mars 1959, Lauthier et autres, *D.*, 1960, p. 280.

(117) C.E. 11 octobre 1957, Commune de Grigny, *R.D.P.*, 1958, p. 298, concl. Kahn, note Waline ; C.E. 31 mars 1965, Commune de Bricy, concl. Galmot, *R.D.P.*, 1965, p. 1214 ; et C.E. 9 octobre 1970, Gaillard, *R.D.P.*, 1970, p. 1431, concl. Rougevin-Baville ; dans ces dernières conclusions, le Commissaire du Gouvernement remarque que « ni l'une ni l'autre de vos (précédentes) décisions ne sanctionnent, fût-ce par une incidente, la nécessité d'un caractère public de l'accident ou de l'appel », pour ajouter que cependant cette condition avait été formulée par les Commissaires du Gouvernement, et en conclure : « Cette doctrine de vos Commissaires du Gouvernement est aussi la vôtre, puisque vous avez suivi leurs propositions. » (*R.D.P.*, 1970, précitée, p. 1436).

(118) C.E. 13 mars 1867, Bizet, *S.*, 1868, 2, p. 91, concl. Aucoc.

(119) C.E. 10 février 1905, Tomaso-Greco, *Leb.*, p. 139, concl. Romieu.

(120) Romieu finira même par démontrer dans ses conclusions, avec beaucoup d'habileté, que « la jurisprudence n'est en somme qu'un retour aux principes déjà admis en 1863 ».

Dernier exemple (121) : l'exposé historique détaillé dont le Commissaire du Gouvernement Kahn a assorti la règle qu'il proposait d'admettre en matière de recevabilité des recours collectifs, dans l'arrêt Société Eky (122) et (123).

La procédure : le choix de la formation du jugement. — On peut sur ce point être très bref. Il suffit de rappeler que, d'une façon générale, la décision de principe est le fait d'une formation de jugement plus importante : Section ou Assemblée ; tandis que la connaissance des espèces courantes reste soumise à la formation de jugement ordinaire. Le renvoi d'une affaire à une formation de jugement supérieure apparaît le plus souvent comme la manifestation de la volonté du juge de se prononcer, avec une certitude maximum, sur la question de principe que pose l'espèce ; parfois cette procédure coïncidera avec la formulation d'une règle de droit nouvelle.

L'examen des éléments de fait du litige. — Au-delà de la procédure suivie en la cause, l'arrêt de principe peut aussi être caractérisé par le type de litige à propos duquel il est rendu.

On ne dira jamais trop combien l'activité jurisprudentielle du juge est dans la dépendance de sa tâche juridictionnelle : la transformation du droit positif sur un point particulier suppose que le juge ait à ce moment à connaître d'une espèce qui soit favorable à la formulation de la règle nouvelle.

On rappellera à ce sujet les remarques d'un auteur des plus autorisés (124) : « Pour avoir une chance d'être adoptés il faut qu'ils (les progrès jurisprudentiels) soient proposés dans un contexte favorable. Les avantages d'une évolution nouvelle de jurisprudence présentent, en effet, généralement, en contrepartie, certains inconvénients : tout projet de modification jurisprudentielle suscite des résistances, d'inévitables et d'ailleurs salutaires critiques ; ses partisans, pour affronter les objections avec les meilleures chances de succès doivent saisir *l'occasion que peut leur présenter une espèce bien choisie* » ; et le savant auteur précise : « à cet égard un « bon dossier » est celui d'une affaire où les éléments de fait sont tels qu'ils rendent déplaisante la solution commandée par l'orthodoxie, tandis qu'ils font ressortir le caractère opportun de la solution à laquelle l'évolution proposée aboutirait » (125) ; « il

(121) Pour un exposé plus complet, cf. les deux articles de G. Cahen-Salvador : « Un grand Commissaire du Gouvernement : Romieu », et de P. Juvin : « Un grand Commissaire du Gouvernement : Léon Blum », in *L.J.C.E.*, respectivement pp. 323 et 337.

(122) C.E. 12 février 1960, Sté Eky, S., 1960, p. 131, concl. Kahn.

(123) Cet exposé historique occupe en particulier les points III et IV des conclusions précitées. On sait que, dans cette espèce, le Conseil d'Etat et son Commissaire du Gouvernement ont eu presque uniquement en vue la question de la recevabilité de la requête. Cf. *supra*, pp. 160 et 161.

(124) R. Odent : « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas, réflexions sur une évolution de la jurisprudence », *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1962, p. 44.

(125) La remarque n'est pas en contradiction avec ce qui a été dit plus haut (§ 1 de cette section) du sens de l'arrêt de principe ; nous notions alors que fréquemment l'arrêt formulait la règle nouvelle, mais n'en faisait pas application en l'espèce, pour des raisons tirées des éléments de fait de la cause. On

faut ainsi savoir faire jouer en faveur d'une proposition de cette nature les réactions de bons sens, je dirais presque sentimentales. des membres de la formation de jugement, leur sens de l'équité, leur souci de ne pas entraver l'action administrative » ; et de conclure : « l'évolution de la jurisprudence dépend dans une mesure variable, mais qui n'est jamais négligeable, de l'art avec lequel les affaires qui servent à orienter cette évolution sont choisies ».

Cette citation essentielle — dont on nous pardonnera la longueur — se termine ainsi sur une semi-confiance : la formulation d'une règle nouvelle suppose, de la part du juge, « l'art » de découvrir quelle, parmi les espèces dont il connaît, sera la décision de principe ; ce n'est certes pas faire injure au juge administratif d'ajouter que la pratique de cet art s'accommode volontiers du secours d'une méthode.

La première direction de cette méthode a été indiquée par la citation précédente ; il s'agit pour le juge de découvrir un dossier « aberrant », c'est-à-dire pour lequel l'application des solutions anciennes serait particulièrement choquante. Aucun exemple à cet égard n'est plus significatif que l'arrêt bien connu dame Lamotte (126). Le Conseil d'Etat a choisi de faire prévaloir la pratique de la liberté du recours pour excès de pouvoir, principe « qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité », sur la lettre de la loi du 23 mai 1943, car cette dernière solution aurait abouti à appliquer une loi de Vichy pour rendre une décision de rejet choquante en l'espèce, compte tenu de la mauvaise foi de l'Administration.

De la même façon la reconnaissance de l'Administration d'un pouvoir général (127) de modification unilatérale des contrats administratifs s'accommodait particulièrement bien des circonstances de fait de l'arrêt Gaz de Deville-lès-Rouen (128), puisqu'il était établi qu'en l'espèce la commune avait poursuivi les négociations avec le concessionnaire pendant plus de cinq années, avant de traiter avec un autre fournisseur.

Autre exemple encore, la façon dont le Conseil d'Etat a « profité » des circonstances de fait de l'espèce Trépont (129) pour faire de l'exactitude matérielle des faits ayant motivé une décision, une

doit en effet se souvenir que les diverses méthodes de formulation jurisprudentielle qui sont ici examinées ne sont jamais exclusives, mais constituent une panoplie d'instruments parmi lesquels le juge, dans chaque cas, choisit. Cf., sur ce point, *supra*, pp. 228 et s.

(126) C.E. 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte, *R.D.P.*, 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline.

(127) Cf. cependant les réserves faites sur ce point par M. L'Huillier, *D.*, 1953, chr., p. 88.

(128) C.E. 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen, *S.*, 1902, 3, 17, concl. Romieu, note Hauriou.

(129) C.E. 20 janvier 1922, Trépont, *R.D.P.*, 1922, p. 81, concl. Rivet. Caractéristique de la même tendance à profiter d'une « occasion jurisprudentielle », mentionnons encore l'arrêt C.E. 12 juillet 1969, L'Etang, *Leb.*, p. 388, et, dans le même sens, l'attitude particulièrement énergique prise par le Conseil d'Etat dans C.E. 24 juin 1960, Sté Frampar et autres, *Leb.*, p. 412, concl. Heumann, écartant la substitution de la base légale proposée par le Commissaire du Gouvernement.

condition générale de la légalité de l'acte ; dans cette affaire, l'administration affirmait avoir mis en congé un préfet « sur sa demande », alors qu'il était établi que celui-ci n'avait fait aucune demande en ce sens ; la mauvaise foi de l'administration était particulièrement évidente.

L'affirmation expresse du principe général de l'enrichissement sans cause, pour un arrêt récent (130), coïncide de même avec des circonstances de fait dans lesquelles l'équité interdisait de prendre prétexte de l'« excessive habileté du Maire de Bordeaux » (131) pour dégager la ville du remboursement des sommes engagées à sa place par le Ministre de la Construction.

L'examen des éléments de fait du litige (suite) : l'arrêt de principe, affaire minime. — Mais dans d'autres cas, le caractère favorable de l'espèce, « l'occasion », résultera simplement de la minceur des faits de la cause. Comme le note M. Braibant : « Le juge administratif a souvent bâti de grandes théories sur des affaires minimes : il peut, en effet, examiner le dossier avec une entière sérénité d'esprit, et il ne risque pas d'être accusé d'avoir modifié la jurisprudence ou posé un principe nouveau en raison des circonstances particulières d'une affaire retentissante » (132). Se retrouve ici, au moment de la formulation de la règle nouvelle, ce même souci de discrétion dont nous avons déjà dit qu'il était une constante des méthodes du juge administratif. Le juge se gardera de modifier si peu que ce soit, la jurisprudence traditionnelle lorsqu'il connaît d'une espèce de grande importance pratique ; toute son attention se reportera alors sur sa tâche strictement juridictionnelle ; au contraire, la méthode du juge consiste souvent à retenir, pour y formuler la règle nouvelle, une espèce aussi discrète que possible.

Ainsi l'affaire qui donna lieu à une décision des plus célèbres, l'arrêt veuve Tromprier-Gravier (133), était, comme le note M. Odent, « très banale, très mince et aussi peu politique que possible » (134) ; de la même façon, le juge a choisi « l'occasion d'une affaire minime en soi » (135) pour apporter à la théorie des principes généraux du droit un complément que les transformations constitutionnelles rendaient d'autant plus utile (136) et (137).

Le juge préférera de même formuler la règle nouvelle à l'occasion d'affaires mettant en cause des autorités locales plutôt que des autorités nationales : ainsi l'arrêt Doublet (138) qui crée un nouveau cas de compétence liée est-il, outre la prudence des termes

(130) C.E. 14 octobre 1966, Min. de la Construction c/ Ville de Bordeaux, *R.D.P.*, 1967, p. 159, concl. Galmot.

(131) Concl. Galmot précitées, *R.D.P.*, p. 166.

(132) G. Braibant : « L'arrêt Syndicat général des Ingénieurs-Conseils et la théorie des principes généraux du droit », *E.D.C.E.*, 1962, p. 67, voir aussi récemment, *R.D.P.* 1971, p. 742.

(133) C.E. 5 mai 1944, Dame Vve Tromprier-Gravier, *D.*, 1945, p. 110, concl. Chenot, note de Soto.

(134) R. Odent, *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1962, p. 45.

(135) G. Braibant, *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1962, p. 67.

(136) C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs-Conseils, *S.*, 1959, p. 202, note Drago.

(137) L'affaire est née du mécontentement des Ingénieurs des Territoires d'Outre-Mer, qui s'estimaient lésés par un décret du 25 juin 1947.

(138) C.E. 23 octobre 1959, *Leb.*, p. 540.

employés dans sa rédaction, rendu à propos d'une affaire qui ne concernait qu'une autorité locale (139).

On terminera sur ce point par un exemple récent : l'arrêt Gaillard (140), qui a été l'occasion d'un complément important aux règles jurisprudentielles relatives aux collaborateurs bénévoles du service public, est intervenu sur un litige de minime importance, et ne met en cause qu'une autorité locale (141).

Et il faudrait peut-être même aller plus loin et ajouter au goût que l'on a reconnu au juge pour les « petites affaires » lorsqu'il se fait législateur, un certain attrait pour le pittoresque : il ne faut pas oublier que la règle de droit nouvelle sera caractérisée à l'avenir par le nom du requérant ; quelle aubaine dès lors que des Sociétés La Fleurette (142), des dames Tromprier-Gravier (143), Mélinette (144), Cachet (145) ou Dol (146), des demoiselles Bobard (147) ou Rucheton (148), voire des abbés Bouchon (149) ou Belloncle (150)...

Mais le pittoresque n'est pas seulement dans les noms. Qui ne se souvient de l'« arrêt tueur de vipères » ? Ou du taureau tunisien devenu furieux qui a obligé le gendarme Mayrigue à se servir de son arme, causant ainsi indirectement le malheur du sieur Greco, pourtant prudemment resté chez lui (151) ? Et qui ne sourirait en se remémorant les mésaventures de la servante du curé de Saint-Michel-de-Volangis (Cher) qui était tombée dans une fosse septique, et qu'un sieur Gaillard, sans doute mal nommé, accouru à ses cris, ne sut, ayant chu à son tour, que rejoindre, si l'on peut dire, dans son infortune (152) ?

Mais il faut refermer la parenthèse de ce droit coloré, en regrettant cependant que les modifications de la sociologie du contentieux

(139) La remarque en est faite par M. Letourneur : « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *E.D.C.E.*, 1962, pp. 51-55.

(140) C.E. 9 octobre 1970, Gaillard, *R.D.P.*, 1970, p. 1432, concl. Rougevin-Baville.

(141) Cf. encore une affaire toute récente : C.E., Dlle Boyer c/ Ministre des Finances, affaire admise au bénéfice de l'assistance judiciaire, enregistrée sous le n° 80.487/71, et qui a fait l'objet d'un renvoi en section ; cette procédure permet déjà de supposer que cette espèce sera pour la Cour suprême l'occasion de préciser un point de droit important : celui de l'interprétation exacte de l'article L. 12 b du Code des pensions civiles et militaires de retraite.

(142) C.E. 14 janvier 1938, Sté anonyme des Produits laitiers « La Fleurette », *Leb.*, p. 25.

(143) C.E. 5 mai 1944, Dame Tromprier-Gravier, *Leb.*, p. 133.

(144) T.C. 11 juillet 1933, dame Mélinette, *D.*, 1933, 3, 65, concl. Rouchon-Mazérat, note Blaevœt.

(145) C.E. 8 novembre 1922, Dame Cachet, *S.*, 1925, 3, 1, note Hauriou.

(146) C.E. 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, *S.*, 1918-1919, 3, 33, note Hauriou.

(147) C.E. 3 juillet 1936, Delle Bobard et autres, *D.*, 1937, 3, 38, concl. Latournerie.

(148) C.E. 11 mai 1928, Delle Rucheton, *S.*, 1928, 3, 97, concl. Andrieux, note Hauriou.

(149) C.E. 17 mars 1911, Abbé Bouchon, *Leb.*, p. 341, concl. Blum.

(150) C.E. 7 mars 1934, Abbé Belloncle, *Leb.*, p. 309.

(151) C.E. 10 février 1905, Tomaso-Gréco, *Leb.*, p. 139, concl. Romieu.

(152) C.E. 9 octobre 1970, Gaillard, *R.D.P.*, 1970, p. 1431, concl. Rougevin-Baville.

administratif (153) ne permettent plus au juge de marier si harmonieusement la leçon de droit et le pittoresque ; et surtout, en en retenant cet aspect particulier des méthodes jurisprudentielles du juge qui consiste à profiter de la discrétion des affaires mineures pour créer le droit.

(153) La « clientèle » du juge administratif est en effet allée en se modifiant ; aux actions des particuliers ont succédé surtout celles des nombreuses personnes morales qui aujourd'hui prennent place entre l'individu et l'action administrative ; à titre d'exemple, si l'on compare les tables du recueil *Lebon* de 1912 à celles de 1968, on constate que la proportion d'actions entreprises par des personnes morales a plus que doublé entre ces deux dates. Il y a là d'ailleurs un vaste terrain d'enquête pour les spécialistes de la science administrative, que certaines études ont déjà abordé ; cf. par exemple J. Donnedieu de Vabres : *Statistiques du contentieux* », in *E.D.C.E.*, 1949, et surtout les études de R. Drago à propos du Conseil d'Etat (*E.D.C.E.*, 1967, pp. 145 et s.) et du Tribunal administratif de Versailles (*E.D.C.E.*, 1968, pp. 163 et s.) ; et Auby et Drago, *Traité du contentieux*, *op. cit.*, t. II, p. 134, qui donnent un véritable tableau sociologique du contentieux administratif.

CHAPITRE II

LES METHODES DU JUGE ET LA VIE DES REGLES JURISPRUDENTIELLES (Essai d'une typologie des jurisprudences)

Le contrôle du juge sur l'évolution des règles jurisprudentielles.

— Le précédent chapitre s'attachait à préciser les méthodes utilisées par le juge lors de la création d'une règle jurisprudentielle nouvelle, que celle-ci intervienne dans un domaine encore non réglementé juridiquement, ou qu'elle constitue un revirement de jurisprudence.

Mais ce serait une perspective bien étroite que de considérer le travail jurisprudentiel du juge comme limité à une tâche occasionnelle de création ; en réalité, comme le notait un auteur, « la raison commande d'adapter constamment la règle aux réalités de la vie moderne » (1). La tâche normative du juge n'est jamais terminée ; l'élaboration de la règle se poursuit tant que celle-ci fait partie du droit positif (2) ; et le juge doit à tout moment rester attentif à l'évolution de sa signification, aux inflexions que subit son contenu. C'est à ce prix que la règle conserve le contact avec le réel dont elle a tiré son autorité initiale ; et c'est en ce sens que l'on peut parler de la *vie* des règles jurisprudentielles.

Le juge doit rester le maître de la règle de droit dont il est l'auteur.

Mais, à l'opposé, la publicité (3), qui accompagne nécessairement l'entrée de la règle nouvelle dans le droit positif, a pour conséquence de détacher, si l'on peut dire, la règle de son auteur ; le contrôle du juge sur l'évolution de cette règle en est compliqué d'autant. Le danger est alors celui de l'inertie des jurisprudences ; que cette inertie s'explique du côté du justiciable par un besoin de sécurité juridique ou du côté du juge par la contemplation satisfaite de l'œuvre créée.

C'est ce qui explique que le contrôle permanent du juge sur la règle jurisprudentielle ne soit pas exempt de difficultés ; et que, là encore, le juge ne refuse pas le secours d'une méthode.

(1) Ballot-Beaupré, Premier Président de la Cour de cassation en 1904.

(2) Cela est vrai aussi, dans une moindre mesure sans doute, de la règle législative ; qu'on se souvienne des mots de Portalis : « Les lois se font avec le temps ; à proprement parler on ne les fait point » (Discours préliminaire du Code civil).

(3) Il ne faut pas ici prendre ce terme dans son acceptation strictement juridique ; publicité est ici synonyme d'affirmation expresse et solennelle.

Méthodes utilisées à cet égard, et annonce du plan. — Cette méthode se développe dans deux directions principales.

En premier lieu le juge a soin de mettre en évidence la grande diversité des règles qu'il élabore ; rien n'est plus éloigné de la réalité qu'une conception monolithique de la règle jurisprudentielle ; il faut au contraire partir de l'idée de la coexistence de plusieurs types de règles, à l'intérieur même de celles qui sont l'œuvre du juge ; de ces règles, non seulement les caractères mais encore l'autorité sont différents.

En second lieu, le juge impose à la règle elle-même un aspect et un contenu qui, parfois au prix d'une certaine imprécision, ont pour objet d'en faciliter la transformation.

Diversité des règles jurisprudentielles d'une part (Section I) ; mutabilité de celles-ci d'autre part (Section II) : tels sont les deux points que nous examinerons successivement.

Section I. — La diversité des règles jurisprudentielles

Les règles jurisprudentielles ne constituent pas une catégorie homogène. — Une doctrine traditionnelle s'attache à opposer la règle jurisprudentielle à la règle d'origine légale, tant du point de vue de leurs caractères que du point de vue de leur autorité juridique. Cette présentation a tendance à accrédi ter la conception — à notre avis excessivement simplificatrice — de deux catégories respectivement homogènes et bien distinctes l'une de l'autre. En ce sens, la règle jurisprudentielle, outre le fait que, par définition, elle est celle qui procède du juge, pourrait être caractérisée matériellement par quelques observations pertinentes pour l'ensemble de la catégorie.

Une telle conception paraît très éloignée de la réalité (4).

Il semble au contraire nécessaire de constater l'existence de plusieurs catégories de règles jurisprudentielles, que la méthode du juge a progressivement dégagées et que celui-ci ne considère pas de la même façon.

Au demeurant, cette diversité des règles jurisprudentielles était prévisible en considération de la multiplicité des méthodes utilisées par le juge pour leur donner la forme de règles du droit positif (5) ; ce à quoi s'ajoute la grande variété des domaines dans lesquels ces règles jurisprudentielles sont intervenues.

Plan de la section. — La principale classification des règles juris-

(4) On serait tenté d'ajouter que la catégorie des règles d'origine légale et réglementaire présente également une certaine hétérogénéité ; hétérogénéité du point de vue de l'auteur de la règle : le Parlement, voire le peuple directement, ou une des multiples autorités administratives ; hétérogénéité du point de vue de l'autorité de la règle : incontestable pour une loi formelle, ou dépourvue de toute autorité juridique vis-à-vis des tiers pour les mesures d'ordre intérieur ; hétérogénéité encore du point de vue de l'aspect de la règle : qu'on compare par exemple la loi de 1881 sur le régime de la presse avec la réglementation actuelle des activités de camping ; enfin hétérogénéité évidente du point de vue du contenu de la règle.

(5) Cf. *supra*, chapitre précédent de ce même titre.

prudentielles doit être déduite de l'autorité (6) plus ou moins grande que le juge lui-même leur reconnaît (§ 2) ; auparavant, il est utile d'insister sur la coexistence de règles jurisprudentielles isolées et de véritables stratégies jurisprudentielles (§ 1^{er}).

§ 1^{er}. — Règle unique et « stratégie jurisprudentielle »

Qu'est-ce qu'une stratégie jurisprudentielle ? — L'étude que nous avons précédemment conduite de la formulation de la règle jurisprudentielle, considérerait celle-ci comme une opération isolée. Cette première approche doit être complétée.

Il est bien évident, en premier lieu, que le juge est attentif à ne pas construire la règle nouvelle sans tenir le plus grand compte des règles juridiques qui régissent déjà la matière ; et même de celles qui, intervenues dans un domaine différent, sont cependant susceptibles d'implications plus larges. Il y a là une nécessité impérieuse d'harmonie des règles jurisprudentielles entre elles que le juge ne peut ignorer (7).

Mais il faut parfois aller plus loin. Et c'est le cas lorsque le juge ne se soucie plus seulement de l'harmonie interne du système qu'il construit ; et qu'il choisit d'atteindre le résultat positif qu'il se propose non par l'incorporation d'une seule règle nouvelle au droit positif, mais par l'adoption de plusieurs règles particulières concordantes, simultanées ou successives. Dans de telles hypothèses, la solidarité qui existe entre ces diverses règles particulières est très forte, puisque leur finalité est la même ; et symétriquement, l'attitude du juge à leur égard est uniforme, alors même qu'elles interviennent — comme c'est fréquemment le cas — dans les chapitres les plus variés du droit administratif.

On peut alors parler de véritables stratégies jurisprudentielles.

Le juge écarte l'action frontale, la formulation directe d'une règle modificatrice, pour lui substituer une « méthode d'encerclement » qui aboutira au même résultat.

Le choix de cette méthode indirecte peut, suivant les cas, s'expliquer par diverses considérations. Ce peut être le souci d'une plus grande discrétion, d'une certaine prudence. Dans d'autres cas, ce sera tout simplement l'impossibilité matérielle à laquelle le juge se heurte de modifier directement telle disposition du droit positif (8).

Exemples sur ce point : simultanété de règles concordantes. — Le choix d'un exemple permettra de concrétiser ces observations.

(6) C'est volontairement que nous employons ici un terme juridiquement imprécis, car il n'y a aucune raison pour ne pas reconnaître à toutes les règles jurisprudentielles le même régime juridique. Cf. cependant R. Chapus : « La valeur des principes généraux de droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chr. pp. 99 et s.

(7) Cf. en ce sens la remarque d'A. Bernard : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement durant la seconde moitié du XIX^e siècle », in *L.J.C.E.*, *op. cit.*, p. 300.

(8) Par exemple, si cette disposition tient à une disposition législative ou constitutionnelle, ou bien résulte de considérations purement politiques, ou encore dépend de l'organisation juridictionnelle.

Le plus connu en est certainement fourni par la multiplicité des règles jurisprudentielles particulières dégagées de longue date par le Conseil d'Etat et motivées, exclusivement ou en partie, par le désir de la Haute Juridiction de réaliser un certain désencombrement de sa barre (9).

Cette surcharge du Conseil d'Etat n'était d'ailleurs pas chose nouvelle : de 1806 à 1858 le nombre des recours dont le Conseil d'Etat était annuellement saisi avait été multiplié par trois (10) ; en 1909, il y avait 4.107 recours en retard ; et l'arriéré atteignait en 1952 le chiffre de 23.390 recours (11). La réforme de 1953 réalisa à cet égard un réel progrès en débarrassant le Conseil d'une part importante de son fardeau transféré aux anciens Conseils de Préfecture qui prenaient le nom de Tribunaux administratifs. Toutefois, pendant près d'un siècle, la Haute Juridiction, soucieuse de la qualité de ses interventions, a eu pour préoccupation de limiter autant que possible le nombre des recours portés devant elle ; il s'agissait, pour elle, suivant la parole d'un de ses Présidents. d'éviter « d'être écrasée par la confiance qu'elle inspire » (12).

A cet effet, et puisqu'une véritable réforme du contentieux administratif était hors de sa portée (13), le Conseil a développé une série de règles jurisprudentielles qui, toutes, visaient à lui épargner la connaissance de certains recours. La jurisprudence relative aux conditions de recevabilité des recours gagnait ainsi chaque année en sévérité. Parfois même, ces considérations purement matérielles imposaient des revirements de jurisprudence radicaux ; ce fut, par exemple, le cas en matière de computation des délais (14). La jurisprudence dite « du premier dénommé » obéissait, au moins pour partie (15), à ce même type de considérations, car elle évitait que, par le biais d'un même recours, le juge puisse en réalité être saisi de litiges distincts (16). C'est un rôle analogue que jouait l'absence de critère général de l'intérêt sociétaire à attaquer une mesure individuelle, et l'interprétation assez stricte de cet intérêt que la

(9) Cf. G. Vedel, *Droit administratif*, op. cit., p. 501.

(10) De 1858 à 1866, soit pendant une période de huit années, le Conseil d'Etat eut à connaître de 10.000 recours, alors que de 1806 à 1832, soit pendant vingt-six années, le Conseil d'Etat avait connu le même nombre de recours ; cf. *Rapport sur les travaux du Conseil d'Etat*, Paris, 1868.

(11) Chiffres cités par M. Ch. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 115 et 116 ; pour Auby et Drago, *Traité du Contentieux*, op. cit., t. II, p. 55, c'est d'un arriéré de 26.000 dossiers qu'il faudrait parler en 1952.

(12) R. Cassin, Introduction au n° 5 d'E.D.C.E., 1951, p. 16.

(13) Comme le remarque M. Ch. Kessler, pendant toute cette période, le contexte politique et administratif fut défavorable à une réforme dont on comprenait cependant la nécessité. Cf. M. Ch. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, op. cit., p. 117 ; cela explique que, jusqu'en 1953, les pouvoirs publics n'eurent recours qu'à des expédients pour pallier l'encombrement du Conseil d'Etat.

(14) L'arrêt C.E. 4 avril 1952, Gerbaud, *R.D.P.*, 1952, pp. 487 et s., note Waline, abandonne la jurisprudence qui admettait qu'une décision purement confirmative puisse faire renaitre les délais, pourvu qu'elle ait été prise sur une nouvelle intrusion. Cf. Auby et Drago, *Traité du Contentieux*, op. cit., t. II, n° 1020.

(15) On a mis aussi en avant les considérations fiscales prévoyant l'enregistrement de chaque requête.

(16) Cf. par exemple, C.E. 6 juillet 1949, Weltzer, *Leb.*, p. 333 ; C.E. 30 juin 1950, Delmas, *Leb.*, p. 404, concl. Delvolvé ; et, pour un exemple plus récent, C.E. Ass., 27 février 1970, Dautan, *A.J.D.A.*, 1970, p. 356.

jurisprudence avait fait prévaloir, du moins jusqu'en 1953 (17). Au demeurant la stratégie du juge le conduisait à dépasser le cercle des règles purement procédurales, et à promouvoir certaines règles de fond qui visaient le même résultat ; ainsi l'exclusion du contentieux de l'excès de pouvoir des documents intérieurs à l'administration permettait au juge de limiter le nombre des recours à lui soumis (18) ; ceci d'autant plus que cette catégorie était comprise assez largement (19). C'est par la référence à ces mêmes considérations que MM. Auby et Drago expliquent la « théorie audacieuse » du caractère attractif des opérations de travaux publics : celle-ci aurait été largement motivée au départ par le désir du Conseil d'Etat de restreindre sa compétence au bénéfice des Conseils de Préfecture, juges d'attribution de la matière des travaux publics (20). D'autres ont rangé parmi les raisons de l'abandon du contentieux politique par la jurisprudence administrative, le désir du Conseil d'Etat de désencombrer le prétoire (21). Il en va même jusqu'au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires que la jurisprudence interprétait parfois « de façon discutable » (22), à l'avantage de la compétence judiciaire (23).

Les règles qui relèvent ainsi d'une stratégie jurisprudentielle présentent par là-même certaines caractéristiques qui justifient qu'elles soient intellectuellement distinguées des règles jurisprudentielles isolées ; leur juxtaposition impose qu'une très forte solidarité soit maintenue entre elles ; leur interdépendance est très réelle, si cependant elles sont en perpétuelle concurrence ; d'autre part, plus que leur contenu immédiat c'est leur objectif lointain, souvent indirect, qui doit être pris en considération, car c'est ce dernier qui est à l'origine de la règle et qui permet d'en préciser la portée (24).

(17) Cf. sur ce point les remarques de M. Querrien : « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique », *op. cit.*, *L.J.C.E.*, p. 321.

(18) Cf. sur ce point les conclusions du Commissaire du Gouvernement Tricot dans C.E. 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, *R.P.D.A.*, 1954, p. 50 ; la date même de cette décision, au lendemain de la réforme de 1953, est peut-être significative.

(19) Cette catégorie ne doit pas être confondue avec celle des « mesures d'ordre intérieur » destinées à assurer la discipline dans le sein de certaines administrations. Cf. C.E. 11 juillet 1947, Dewavrin, *Leb.*, p. 307 ; et la chronique de M. Long, *A.J.D.A.*, 1954, II bis, p. 13.

(20) J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, p. 55.

(21) Cf. L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, th. précitée, pp. 545-547. L'auteur signale d'ailleurs que, par la suite, une réaction s'est produite, favorable à une extension de la compétence du juge.

(22) J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, p. 55.

(23) L'exemple le plus net en est l'arrêt T.C. 30 octobre 1947, Barinstein, *R.D.P.*, 1948, p. 86, note Waline.

(24) Un dernier exemple particulièrement intéressant parce que très actuel peut encore être cherché dans la jurisprudence actuelle relative au contrôle du juge dans les mesures d'interventionnisme économique de l'administration. Une véritable stratégie se développe en effet en ce domaine, qui voudrait à la fois sauvegarder le contrôle du juge et reconnaître à l'administration l'autonomie d'action dont elle a alors besoin (cf. en particulier C.E. 26 janvier 1968, Sté Maison Géstal, *Leb.*, p. 62, concl. Bertrand ; C.E. 23 mai 1969, Sté Distillerie Brabant et Cie, *A.J.D.A.*, 1969, concl. Questiaux ; C.E. 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, *A.J.D.A.*, 1971, p. 227, et l'article de M. Delmas-Marsalet : « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat », *E.D.C.E.*, 1969, p. 153).

Complémentarité de règles successives. — Parfois la méthode du juge est d'un aspect moins immédiat : la complémentarité de règles successives remplace alors la simultanéité de règles concordantes. Mais finalement la méthode est fondamentalement la même : il s'agit de réaliser la modification souhaitée, non pas l'adoption d'une règle réformatrice unique, mais par le développement de règles multiples en une véritable stratégie ; simplement l'apparition de ces règles multiples est étalée dans le temps en fonction des « occasions jurisprudentielles » qui se présentent d'une part (25), de la réceptivité du droit positif d'autre part.

Hauriou donne un exemple de cette méthode lorsqu'il démonte la stratégie suivie par le juge — il s'agit alors du Tribunal des Conflits — pour « faire disparaître, dans la mesure de son pouvoir, ce que les détracteurs du droit administratif appellent les « chinoiseries », c'est-à-dire les bizarreries et les complications des règles de compétence, particulièrement en ce qui concerne l'unification des compétences pour les actions en responsabilité contre les personnes publiques » (26).

Règle jurisprudentielle isolée ou stratégie jurisprudentielle, cette première distinction permet déjà de constater l'hétérogénéité de la catégorie des règles de droit dues à l'initiative du juge.

Encore ces remarques doivent-elles être complétées par un examen de l'autorité (27) que le juge lui-même attache aux diverses règles jurisprudentielles.

§ 2. — L'autorité des règles jurisprudentielles

Objet du présent paragraphe. — Il n'est pas question de reprendre ici la délicate et inépuisable question de l'autorité juridique du droit jurisprudentiel (28). Notre propos est différent et ne se situe pas sur le terrain de la hiérarchie juridique des règles du droit positif. Il est avant tout une approche positive de l'attitude du juge à l'égard des règles qu'il a lui-même créées ; en particulier de la mesure dans laquelle il se considère lié par elles.

Or, de ce point de vue, il est prévisible qu'une réponse uniforme, valable pour toutes les dispositions du droit jurisprudentiel, a peu de chance d'être exacte. Il faut au contraire distinguer parmi les règles créées par le juge et, dans la mesure du possible, regrouper celles-ci en un certain nombre de catégories abstraites caractérisées par une attitude différente du juge à leur égard.

(25) Cf. *supra*, chapitre I de ce titre.

(26) Hauriou, note sous T.C. 25 mars 1911, Rouzier, S., 1911, 3, p. 105, qui cite successivement T.C. 29 février 1908, Feutry, S., 1908, 3, 97, note Hauriou, T.C. 11 avril 1908, de Fonscolombe, et T.C. 23 mai 1908, tous deux au S., 1909, 3, 49, note Hauriou.

(27) Cf. la remarque faite *supra*, p. 245, note 6.

(28) Cf. J. Rivero : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », *D.*, 1951, pp. 21 et s. ; et les remarques de R. Chapus : « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.*, 1960, chr. p. 119, spécialement p. 124, qui, formulées à propos des principes généraux du droit, peuvent à cet égard être transposées à l'ensemble du droit jurisprudentiel.

Les trois catégories de règles qu'il faut distinguer à cet égard. — Il semble possible de regrouper les règles jurisprudentielles en trois catégories distinctes.

Il est en premier lieu des règles créées de la volonté du juge qui doivent être comprises comme de simples pratiques : l'attachement du juge y est alors des plus limité, et il se réserve à leur égard une faculté constante de modification, quitte parfois à les abandonner complètement. A l'autre extrémité se trouvent les règles qui prennent la forme de principes généraux du droit (29) ; elles sont comme la charpente de tout l'édifice jurisprudentiel ; et l'attachement du juge à leur égard est très fort. Entre les règles-pratiques et les principes généraux du droit se situe la masse des règles jurisprudentielles ordinaires que nous qualifierions volontiers de jurisprudences quasi législatives (le mot étant entendu en son sens matériel) ; l'attitude du juge à leur égard est faite à la fois de respect, ce qui se traduit par leur relative permanence, et de contrôle, ce que manifestent parfois les infléchissements ou les revirements de la jurisprudence.

Sans doute ne faut-il pas taire ce que cette triple classification peut présenter de systématique : on découvrirait sans peine des règles qui, de nature quasi-législatives par certains côtés, s'apparentent cependant par ailleurs à de simples pratiques ; le droit de la fonction publique ou certaines règles de procédure fourniraient certainement de bons exemples à cet égard.

Mais, quoi qu'il en soit, cette triple distinction a l'avantage de mettre en évidence l'hétérogénéité fondamentale de la catégorie des règles jurisprudentielles ; elle correspond d'autre part à une réalité du point de vue des méthodes du juge, comme les exemples qui suivent le montreront. Il semble, en effet, que l'attitude du juge à l'égard du droit jurisprudentiel soit le reflet de cette triple classification, beaucoup plus que de la réponse qu'il donne à l'hypothétique question de l'autorité juridique du droit qu'il élabore.

Les jurisprudences simples pratiques. — C'est parmi les règles de procédure dégagées par la jurisprudence de la Haute Assemblée que les exemples en sont les plus nombreux.

Les règles jurisprudentielles qui complétaient les dispositions de la loi du 29 janvier 1831, relative à l'exception de déchéance quadriennale, en fournissent un exemple assez significatif. La loi modificatrice du 31 décembre 1968 a aujourd'hui unifié la matière dans un sens généralement favorable aux particuliers créanciers, en prenant parfois le contre-pied des solutions jurisprudentielles antérieures (30). Toutefois, sous l'empire de la jurisprudence antérieure, il semblait légitime de ranger sous l'étiquette d'une simple pratique, la jurisprudence qui permettait à la personne publique débitrice d'invoquer la déchéance à tout moment du procès, même en appel

(29) Si du moins on admet à la suite de M. Chapus que « la source dont les principes généraux du droit procèdent formellement est "la juridiction", c'est-à-dire nommément, le Conseil d'Etat ». R. Chapus : « De la soumission au droit des règlements autonomes », *op. cit.*, D., 1960, p. 124.

(30) Cf. M. Dran : « Le nouveau régime de la déchéance quadriennale », *Rev. de science financière*, 1969, pp. 573 et s.

(31), avec le seul risque d'être condamnée aux dépens (32) ; il en allait de même des jurisprudences opposées qui se sont succédées sur la question de savoir si le recours pour excès de pouvoir était susceptible d'interrompre le cours de la déchéance quadriennale ; ne serait-ce qu'en raison du peu d'attachement que la Haute Assemblée a manifesté à l'égard de ces solutions successives (33).

Il en va, pensons-nous, de même d'une construction comme celle dite « de la connaissance acquise », qui vient tempérer la rigueur du principe de publicité en matière de computation des délais dans le contentieux de l'excès de pouvoir (34). Aujourd'hui la jurisprudence s'accorde à faire un emploi très modéré de cette théorie (35), sans cependant se décider à l'abandonner absolument (36) ; mais il n'en a pas toujours été ainsi, aussi bien dans la première moitié du XIX^e siècle (37), que dans les premières années du XX^e siècle (38). Ces solutions, qui ne trouvent aucun fondement dans les textes, et dont les concours sont très difficiles à cerner (39), apparaissent ainsi comme de simples pratiques développées par le juge pour pallier l'inconvénient qu'il y aurait à laisser certains recours indéfiniment ouverts (40).

Les pratiques jurisprudentielles sont parfois de plus large envergure et se rapprochent alors, au moins en partie, de la catégorie des règles quasi-législatives ; c'est de cette façon qu'on peut sans doute présenter certaines des règles jurisprudentielles qui entourent la théorie des actes détachables, surtout lorsque cette théorie s'applique aux décisions ayant concouru à la formation d'un contrat de droit public (41).

(31) Cette jurisprudence est aujourd'hui mise en échec par l'article 7 de la loi du 31 décembre 1968, mais continue à s'appliquer, en vertu de ce même texte, pour les créances échues avant l'entrée en vigueur de ladite loi.

(32) C.E. 24 mai 1938, Wreczycky, *Leb.*, p. 464 ; C.E. 25 novembre 1955, commune mixte de Marmia, *R.D.P.*, 1956, p. 596.

(33) Le Conseil d'Etat avait d'abord décidé que le recours pour excès de pouvoir interrompait le cours de la déchéance (C.E. 30 septembre 1942, Delmas, *Leb.*, p. 267) ; mais il revint par la suite sur cette jurisprudence, implicitement d'abord (C.E. 4 mars 1953, Griffet, *Leb.*, p. 112 ; C.E. 30 octobre 1953, Sorgniard, *Leb.*, p. 462), puis de façon nette (C.E. 16 décembre 1955, commune d'Orcières, *A.J.D.A.*, 1956, II, 26, concl. Laurent) ; cette dernière jurisprudence a d'ailleurs été condamnée par la loi du 30 mai 1962 (*R.D.P.*, 1965, p. 100 et p. 307) puis, en termes encore plus généraux, par la loi du 31 décembre 1968. Cf. sur tous ces points Auby et Drago, *Traité du Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. III, pp. 203 et s.

(34) Cf. sur ce point la note de M. Waline sous C.E. 4 avril 1952, Gerbaud, *R.D.P.*, 1952, p. 508.

(35) C.E. 23 mars 1960, Courtois, *Leb.*, p. 219.

(36) C.E. 13 avril 1956, Léontieff, *Leb.*, p. 724 ou C.E. 24 février 1954, Savelli, *A.J.D.A.*, 1954, II, 79, note Copper-Royer.

(37) Jurisprudence constante jusqu'à la date du revirement de jurisprudence marquée par un arrêt, C.E. 1^{er} décembre 1852, *D.*, 1853, 3, 19.

(38) Cf. la note d'Hauriou sous C.E. 26 juin 1908, Requin, *S.*, 1910, 3, p. 33.

(39) Cf. les remarques de J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, pp. 200 et 201.

(40) Il est vrai qu'à cet égard, l'Administration a toujours la possibilité de mettre fin à l'incertitude en procédant à la formalité de publicité prévue. Cf. en ce sens J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, n° 726 *in fine*.

(41) Surtout dans la mesure où la jurisprudence a tendance à considérer que l'annulation d'un acte ayant concouru à la formation du contrat aboutit à « la nullité virtuelle » de celui-ci (C.E. 1^{er} mars 1954, Société l'Energie industrielle, *Leb.*, p. 66). Cf. P. Weil, : « Les conséquences de l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir », *Th. précitée*, 1952.

La réunion de règles jurisprudentielles de ce type en une catégorie unique se justifie parce que l'attitude du juge à leur égard est uniforme ; l'importance qu'il y attache est celle que l'on accorde à un instrument qui rend d'appréciables services dans la conduite de la tâche jurisprudentielle ; rien de plus ; et, ainsi qu'on en use d'un instrument, le juge n'hésite pas à le modifier voire à le remplacer ; au demeurant de telles pratiques jurisprudentielles sont généralement peu connues des administrés, mais familières seulement à ceux qui, professionnellement, sont en contact avec le juge.

Il en va tout autrement des règles jurisprudentielles les plus nombreuses : les règles quasi législatives.

Les règles jurisprudentielles quasi-législatives. — Ce sont là sans doute les plus connues, celles auxquelles on pense en premier lieu lorsqu'on évoque la création jurisprudentielle du juge administratif.

Leur objectif, qu'il s'agisse de règles isolées ou de stratégies jurisprudentielles (42), reste la détermination du droit applicable à une partie du réel ; ces règles se différencient ainsi des simples pratiques jurisprudentielles, car elles ne sont pas d'abord destinées à un usage interne au prétoire, mais destinées à constituer le code de l'action administrative ; par là-même, elles sont appelées à une plus large publicité, et se détachent beaucoup plus nettement du contentieux pour guider les rapports ordinaires, non-contentieux, des personnes publiques et des administrés.

Par voie de conséquence, l'attachement du juge aux règles jurisprudentielles de ce type est plus marqué que lorsqu'il s'agit de simples pratiques ; toute modification de ces règles signifie en effet un bouleversement relatif du droit existant ; on retrouve ici, beaucoup plus net que lorsqu'il s'agit de pratiques jurisprudentielles, le souci de la sécurité des relations juridiques extra-contentieuses.

Finalement l'attitude du juge administratif à l'égard de ce type de dispositions jurisprudentielles n'est sans doute pas fondamentalement différente de celle qu'il manifeste à l'égard du droit écrit. Il a nettement conscience d'être lié par ces dispositions du droit positif, lors même qu'elles sont au départ sa création ; et lorsqu'il ressent le besoin de leur modification, il ne procède qu'avec la plus grande prudence et une extrême discrétion ; à cet égard, il optera par exemple pour une interprétation restrictive de la règle ancienne (43), ou pour la juxtaposition d'une règle modificatrice

(42) Cf. *supra*, § 1^{er} de la présente section.

(43) S'agissant d'une règle légale, cf. C.E. 17 février 1950, Min de l'Agriculture c. Dame Lamotte, *R.D.P.*, 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline, ou C.E. 30 mai 1930, Chambre syndicale du Commerce en détail de Nevers, *Leb.*, p. 583. S'agissant d'une règle jurisprudentielle, cf. l'interprétation que l'arrêt T.C. 30 octobre 1947, Barinstein, *R.D.P.*, 1948, 86, note Waline, donne de la jurisprudence T.C. 16 juin 1923, Septfonds, *S.*, 1923, 3, 49, note Hauriou ; cf. sur ce point G. Vedel : « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *J.C.P.* 1948, I, 682. Autre exemple, l'admission récente dans le contentieux de la responsabilité d'une règle complémentaire nouvelle réparant le préjudice moral ; cf. C.E. 24 novembre 1961, Min. des Travaux publics c/ Consorts Letisserand et a., *J.C.P.*, 1962, I, 1685, note Luce ; et auparavant, parmi d'autres espèces, T.A. Lille 28 février 1958, Vve Cousinard, *A.J.D.A.*, 1958, II, 105, concl. Delevallé.

nouvelle à la règle ancienne (44), plutôt que pour une remise en cause frontale de la disposition inadaptée.

Ces règles quasi-législatives constituent sans doute la partie la plus importante du droit jurisprudentiel, tant par son volume que par le fait qu'elle regroupe les règles dont l'application est la plus fréquente.

L'ensemble des règles jurisprudentielles qui gouvernent le vaste chapitre de la responsabilité des personnes publiques et de leurs agents appartient à cette catégorie. Il en va de même des règles dégagées par le juge à propos de la matière des contrats administratifs ; des règles qui concernent l'activité des établissements publics, des ordres professionnels ou des établissements privés chargés d'une mission d'intérêt général ; on encore des règles que le juge a développées à partir et au-delà de la loi du 28 pluviôse an VIII dans le domaine des travaux publics. C'est à cette catégorie qu'appartient aussi l'ensemble du droit de la fonction publique que les deux statuts successifs de 1946 et de 1959 n'ont fait que codifier ; etc.

Les principes généraux du droit. — La dernière catégorie des règles jurisprudentielles du droit administratif est constituée par les principes généraux du droit.

Il est banal de rappeler que ceux-ci, dégagés par le juge administratif, se situent au sommet de son œuvre jurisprudentielle et l'emportent en autorité sur les deux précédentes catégories.

Toutefois, il serait sans doute excessif d'en déduire que ces principes généraux constituent une catégorie juridiquement homogène. Sans reprendre ici une question qui a, en son temps, passionné la doctrine (45), il suffit de faire remarquer que la question de la valeur juridique des principes généraux du droit n'a jamais reçu une réponse générale de la part du juge ; celui-ci mentionne tantôt « les principes généraux du droit ayant valeur législative » (46), tantôt « les principes qui s'imposent à l'autorité réglementaire même lorsqu'elle n'est pas limitée par la loi » ; parfois même il semble vouloir accorder aux principes généraux l'autorité de dispositions supra-législatives (47). Et cette diversité de solution est parfaitement compréhensible de la part du juge ; car, comme l'a fait remarquer M. Chapus : « le juge n'a pas le pouvoir de définir

(44) Ainsi de la règle que la jurisprudence C.E. 28 juillet 1951, Laruelle et Delville, S., 1952, 3, 25, note Mathiot, juxtapose à la jurisprudence C.E. 28 mars 1924, Poursines, S., 1926, 3, 17, note Hauriou.

(45) La discussion doctrinale peut être suivie à travers deux éditions successives du *Précis de droit administratif* de M. Vedel (éd. n° 3, p. 203 ; éd. n° 4, pp. 249 et s.), auxquelles il faut ajouter l'article fondamental de R. Chapus : « De la valeur des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chr., pp. 99 et s. ; en jurisprudence, cf. les conclusions du Commissaire du Gouvernement Fournier dans C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs-Conseils, S., 1959, p. 202, note Drago.

(46) C.E. 7 février 1958, Syndicat des Propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie, *A.J.D.A.*, 1958, 3, 130, concl. Grévisse ; et C.E. 19 février 1960, Fédération algérienne des Syndicats de défense des irrigants, *Leb.*, p. 129.

(47) Cf. concl. Fournier dans C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs-Conseils, S., 1959, p. 202, note Drago. Et G. Braibant : « L'arrêt Syndicat général des Ingénieurs-Conseils et la théorie des principes généraux du droit », *E.D.C.E.*, 1962, pp. 67 et s.

la valeur des normes qu'il édicte. Il n'est maître que de leur portée » (48).

Cependant, en dépit de la diversité de leur valeur juridique, les principes généraux du droit nous semblent constituer une catégorie de règles jurisprudentielles bien définie et relativement homogène ; et cela en raison de l'autorité qui est la leur. Il est improbable que l'attribution par le juge à une règle de la qualité de principe général du droit lui confère automatiquement un régime juridique défini ; en revanche, il est certain que du point de vue de l'autorité de la règle, semblable qualification jurisprudentielle constitue une promotion ; la règle s'incorpore alors aux fondements même du droit jurisprudentiel. S'il était possible d'emprunter au texte constitutionnel la distinction faite par l'article 34 entre règles et principes fondamentaux, nous dirions volontiers que la catégorie des principes généraux du droit se distingue du droit jurisprudentiel ordinaire par la portée « fondamentale » qui est la sienne (49). Cette catégorie est à la base de tout le droit jurisprudentiel ; elle exprime, plus que de simples règles juridiques, l'attachement du juge à certaines solutions qui ne sont pas d'abord de nature juridique (50) et (51). Le juge hésitera longtemps avant d'en modifier le contenu ou la portée ; car, par là-même, c'est tout l'édifice jurisprudentiel qui se trouve remis en question.

C'est en ce sens que l'on peut écrire, après M. Rivero, qu'il y a une doctrine du juge administratif (52).

Pour prendre un exemple, il est probable que la reconnaissance récente à la théorie de l'enrichissement sans cause de la qualité de principe général du droit (53), sans changer la valeur juridique des règles qui commandent cette construction en droit administratif, a pour signification de manifester l'attachement particulier du juge à ce principe, qui constitue d'ailleurs, en dernière analyse, une manifestation particulière du principe d'égalité.

Conclusion de la Section. — La grande diversité des règles jurisprudentielles semble ainsi établie, qui tient non à une divergence de régime juridique, mais à l'attitude particulière du juge à l'égard de chacune de ces catégories.

(48) R. Chapus : « De la valeur des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chr. précitée, p. 106.

(49) Cela, encore une fois, indépendamment de leur valeur juridique ; de même que la valeur juridique des lois formelles qui déterminent les principes fondamentaux n'est pas différente de celle des lois formelles qui fixent les règles.

(50) Sur les caractères des principes généraux, cf. *supra*, pp. 34 et s.

(51) Le vocabulaire même qui sert à les désigner est à ce titre révélateur, en ce qu'il correspond à des termes qui appartiennent plus au vocabulaire de la science politique qu'à celui strictement juridique : ainsi des différentes formes de l'égalité.

(52) Cf. J. Rivero : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », *D.*, 1951, p. 21. Pour une liste, déjà ancienne, des principes généraux du droit, cf. Letourneur : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1951, p. 19 ; et B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1954.

(53) C.E. 14 octobre 1966, Min. de la Construction c/ Ville de Bordeaux, *R.D.P.*, 1967, p. 159, concl. Galmot.

Section II. — La « mutabilité » des règles jurisprudentielles

Objet de la Section. — L'œuvre jurisprudentielle du juge administratif ne saurait se limiter à une création instantanée. Le juge qui est à l'origine immédiate de la règle nouvelle connaît, mieux que quiconque, et l'exacte portée de celle-ci, et ses limites ; il n'a pas la prétention de réaliser une réglementation définitive de la question, mais simplement celle qui lui paraît à l'époque la mieux adaptée. Par là-même il s'engage à conserver sur la règle nouvelle une sorte de droit de regard constant, lui permettant éventuellement de lui apporter les modifications qui lui paraîtront s'imposer.

Sans doute, l'attitude du juge est-elle différente suivant la catégorie de règles jurisprudentielles concernée (54) ; le juge acceptera aisément de modifier le contenu de certaines d'entre elles ; mais se montrera en retour parfois très attaché au respect d'autres règles.

Il reste que la question dont nous abordons maintenant l'examen a une portée générale ; elle se rencontre à propos de chacune des règles jurisprudentielles, quelle que soit la catégorie à laquelle celle-ci appartienne. Elle consiste à découvrir et à examiner les méthodes par lesquelles le juge administratif se réserve à tout moment un droit de contrôle virtuel sur la règle, incluant en particulier la faculté de modifier celle-ci dans le sens qu'impose l'évolution du réel.

Plan de la Section. — Conscient de la diversité des règles jurisprudentielles, il faut maintenant se pencher sur les méthodes que le juge utilise pour assurer leur mutabilité. Et pour ce faire d'abord prendre conscience de l'inertie naturelle des règles jurisprudentielles (§ 1^{er}), puis recenser, à partir d'exemples positifs, quelques-unes des méthodes utilisées par le juge pour assurer la mutabilité de la règle (§ 2).

§ 1^{er}. — L'inertie naturelle des règles jurisprudentielles

Les motifs de l'inertie des règles jurisprudentielles. — On comprend aisément que la modification progressive ou brutale de la réalité à laquelle s'applique la règle jurisprudentielle appelle naturellement une évolution de cette dernière ; et le juge, le premier, ne peut manquer d'en avoir conscience.

Mais il se heurte alors à l'inertie naturelle qui s'attache à toute règle du droit positif.

La règle initiale est bien connue, elle est communément pratiquée ; elle tend à devenir cette habitude dont on a pu dire qu'elle était comme « une seconde nature » (55). Elle bénéficie de l'attachement naturel qui se porte parfois à tout ce qui n'a ni les cruautés ni les enchantements de la nouveauté ; car la règle jurisprudentielle n'échappe pas à cette tendance souvent irraisonnée, mais bien

(54) Cf. *supra*, section I de ce chapitre.

(55) M. Proust, *Sodome et Gomorrhe*, II.I.

explicable que les nostalgiques du vocabulaire scientifique baptiseraient peut-être loi sociologique.

Ainsi la vie de la règle jurisprudentielle, son évolution, sont-elles finalement dominées, tout entières par cette sorte de pesanteur de la règle créée ; et la tâche modificatrice du juge en porte nécessairement la marque. La méthode qu'il utilise à cet égard doit allier la conscience de la nécessité du mouvement au souci d'une relative stabilité du droit ; l'œuvre jurisprudentielle sera un perpétuel compromis entre ces deux exigences contradictoires.

Manifestation de l'inertie des règles jurisprudentielles. — La remarque n'en avait pas échappé à Hauriou qui notait : « il arrive souvent que le Conseil d'Etat va jusqu'au bout de certaines jurisprudences ou il s'est engagé, mais, à mesure qu'il s'y enfonce, il réfléchit à leurs inconvénients » (56).

Et le savant annotateur en donnait pour exemple la jurisprudence qui avait précédé l'arrêt du Gaz de Deville-lès-Rouen (56) ; cette jurisprudence décidait que le monopole concédé par les villes en matière d'éclairage urbain devait être interprété largement, et s'étendait en particulier à l'éclairage électrique ; par là-même, les villes qui autorisaient les compagnies d'électricité à établir une canalisation ou à poser des fils aériens sur les voies publiques, engageaient gravement leur responsabilité ; cette solution, dont pourtant les inconvénients étaient patents, et qui surtout allait à l'encontre de l'évolution technique, s'est perpétuée pendant plus de dix années (57), sans rien perdre de sa sévérité (58). On hésite à penser que, rapidement, le conseil d'Etat n'ait pas eu pleinement conscience des faiblesses de cette jurisprudence ; mais l'inertie naturelle de la règle initialement adoptée jouait en faveur de son maintien.

On trouverait d'autres manifestations de cette inertie des règles jurisprudentielles dans l'organisation actuelle du contentieux administratif ; pour s'en tenir à deux exemples, dans la règle de la décision préalable, survivance de l'époque de la confusion de fait entre la juridiction administrative et l'administration active (59), et dans la permanence de voies contentieuses distinctes et obéissant à des règles différentes.

Ces derniers exemples ont d'ailleurs l'avantage d'attirer l'attention sur le fait que l'inertie des règles jurisprudentielles n'est pas nécessairement le résultat d'un attachement particulier du justiciable à celles-ci, mais peut aussi trouver son origine et son explication dans l'attitude conservatrice du juge administratif lui-même, ou de l'administration active.

(56) Note Hauriou sous C.E. 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen, S., 1902, 3, 17.

(57) Cf. par exemple C.E. 26 décembre 1892, 2 arrêts, Compagnie du Gaz de Saint-Etienne et Compagnie de l'Eclairage électrique de Montluçon, S., 1894, 3, 1 ; C.E. 21 janvier 1898, Compagnie du Gaz d'Avignon, S., 1899, 3, 119.

(58) Cf. en particulier C.E. 25 novembre 1898, Compagnie du Gaz de Saint-Etienne, *Leb.*, p. 724, par lequel la Haute Assemblée mettait à la charge de la Ville une indemnité qu'Hauriou qualifie d'« énorme ».

(59) ...Même si aujourd'hui on peut chercher d'autres justifications — mais non pas d'autres explications — à la règle de la décision préalable. Cf. sur ce point A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, op. cit., t. I, p. 444, n. 810 *in fine*, et G. Vedel, *Droit administratif*, op. cit., p. 454.

Dans un autre domaine, le maintien en son état actuel, et avec les conséquences singulières qui sont parfois les siennes (60), de la construction jurisprudentielle de la voie de fait semble bien être la marque d'un attachement intuitif du juge à la jurisprudence qu'il a élaborée progressivement sur ce point (61).

Remède à l'inertie de la règle : la permanence des arrêts d'espèce. — Au demeurant on a comme la vérification de la conscience que le juge manifeste de l'inévitable inertie de la règle jurisprudentielle dans la permanence des arrêts d'espèce.

Ceux-ci en effet ne disparaissent pas avec la formulation de la règle ; ils survivent à l'arrêt de principe, et dans le domaine même ou celui-ci intervient, conservent leur place. Et cela, parce qu'ils ont à jouer un rôle essentiel ; ils sont comme la soupape de sûreté qui rend tolérable la rigueur de la règle jurisprudentielle, son abstraction, et le caractère automatique des solutions qu'elle comporte normalement.

L'inertie naturelle de la règle interdit qu'elle soit trop facilement et trop fréquemment modifiée ; mais le corollaire nécessaire en est l'arrêt d'espèce. La règle est maintenue dans sa généralité ; et plutôt que de prétendre à sa modification constante, le juge choisit simplement de ne pas l'appliquer dans une espèce définie.

A priori le mécanisme semble à l'abri des critiques ; le juge a créé la règle jurisprudentielle ; rien ne lui interdit par la suite d'en écarter l'application. C'est peut-être cependant faire peu de cas de la généralité de la règle initiale, dont précisément la vocation est de régir toutes les espèces particulières qui viendront devant le juge dans ce domaine. Mais de toutes les façons, il est vain de vouloir poser le problème sur le terrain des constructions purement juridiques ; l'arrêt d'espèce s'explique et se justifie avant tout comme la conséquence de l'inertie nécessaire de la règle jurisprudentielle (62).

A vrai dire, la méthode du juge à cet égard est facilitée par le particularisme que présente chacun des litiges qui lui est soumis ; il est bien rare qu'un dossier ne soit que la pure répétition d'une première espèce ; dans ces conditions l'adoption d'une solution d'espèce pourra parfois s'abriter derrière certaines considérations propres à ladite affaire (63).

(60) Et en particulier la décision d'incompétence du juge administratif auquel le requérant se sera parfois adressé, certain — et à juste titre — de la pertinence de sa requête. Cf. sur ce point *supra*, Introduction, p. 13 ; et surtout les remarques faites par de Lanversin : « Voie de fait et réalités : à propos de l'arrêt consorts Muselier », *J.C.P.*, 1970, I, 2337.

(61) Cf. en ce sens les articles — dont les titres par eux-mêmes sont révélateurs — de A. Bockel : « La voie de fait, morte et résurrectoin d'une notion discutable », *D.*, 1970, chr., p. 29 ; et M. Waline : « Fidélité à la théorie de la voie de fait », *R.D.P.*, 1970, p. 774.

(62) Lorsqu'il s'agit d'une règle d'origine légale, le problème est un peu différent, car le juge peut abriter une application, même choquante, de la règle légale derrière l'autorité du législateur sur lequel il ne peut rien. Il reste qu'on pourrait sans doute découvrir que, même en ce domaine, le juge adopte parfois des solutions particulières qui ressemblent fort aux arrêts d'espèce.

(63) Qu'on se rappelle le mot de Domat : « Mais comme les arrêts ne sont rendus que sur des différends particuliers... on ne laisse pas de faire renaître les mêmes questions, sous prétexte que les arrêts peuvent être rendus dans des circonstances particulières. » (Domat, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1757, in Préface).

Il n'en reste pas moins que, comme l'écrit un auteur, « il est certain que des décisions sont uniquement et directement motivées par le souci de donner satisfaction, grâce à des moyens de fortune, à des intérêts en souffrance » (64) ; dans de telles hypothèses, la considération des règles jurisprudentielles qui commandent normalement la réponse à la question posée passera certainement au second plan.

Exemples sur ce point. — Et une étude minutieuse de la très grande majorité des règles jurisprudentielles permettrait, à n'en pas douter, de noter la permanence d'arrêts d'espèce en marge et aux côtés de décisions constituant l'application de la règle jurisprudentielle ; toutefois il faut reconnaître que toute recherche sur ce point se heurte nécessairement à la discrétion volontaire qui accompagne toute décision d'espèce.

En revanche une indication précieuse est fournie par les « erreurs » d'appréciation de certains annotateurs qui, dans l'immédiat, prennent parfois une décision d'espèce, dérogoratoire à la règle traditionnelle, pour l'annonce d'un revirement de jurisprudence (65). On a déjà mentionné les arrêts Blanc, Argaing et Bezie de 1911 (66) dans lesquels Hauriou a lu des décisions de principe alors qu'ils étaient certainement de simples arrêts d'espèce, dépourvus de toute prétention normative, simples exceptions occasionnelles à « la règle jurisprudentielle constante depuis plus d'un siècle » dont parle déjà Hauriou (67).

Autre exemple, un arrêt Ginière (68), intervenu une année à peu près avant la décision de principe Tomaso Greco (69), et qui semble consacrer une solution rigoureusement inverse à cette seconde décision, s'explique principalement par les circonstances particulières de la cause : le recours intervenait dans une affaire de police des mœurs et était motivé par une détention prétendument arbitraire ; cette décision ne prétend pas à l'affirmation d'une règle de portée générale ; elle est au contraire, par avance, l'affirmation du maintien de solutions d'espèce en marge de la règle nouvelle qui interviendra une année plus tard.

La permanence des arrêts d'espèce apparaît ainsi comme une nécessité ; outre que ceux-ci sont souvent le moyen pour le juge de statuer en équité lorsque la règle semble inadaptée, ils sont la conséquence inévitable et salutaire de l'inertie naturelle de toute règle de droit, et de la règle jurisprudentielle en particulier.

L'inertie des règles jurisprudentielles : le « réemploi » des juris-

(64) J. Boulanger : « Rapport à la Semaine internationale de Droit », précité.

(65) Cf. *supra*, p. 483, et les remarques faites par J. Fournier : « Maurice Hauriou, arrétiste », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 155 et s.

(66) C.E. 31 mars 1911, Blanc, Argaing et Bezie, 3 arrêts, *S.*, 1912, 3, 129, note Hauriou, admettent que des conclusions à fin d'annulation d'un acte administratif puissent être jointes à des conclusions à fin d'indemnité dans un recours contentieux de pleine juridiction.

(67) Règle qui, par parenthèse, s'est encore maintenue pour l'essentiel jusqu'à aujourd'hui.

(68) C.E. 5 février 1904, Ginière, *Leb.*, p. 88.

(69) C.E. 10 février 1905, Tomaso-Greco, *S.*, 1905, 3, p. 113, note Hauriou.

prudences. — Pour terminer sur ce point, on fera remarquer que l'inertie de la règle s'étend parfois jusqu'au vocabulaire.

Le juge conserve alors les expressions anciennes forgées dans le cadre d'une jurisprudence abandonnée de longue date, pour y couler de nouvelles règles jurisprudentielles dont la signification est parfois radicalement différente.

L'exemple sans doute le plus caractéristique à cet égard est fourni par les deux jurisprudences successives relatives aux « droits acquis ». On sait que la notion de droit acquis avait d'abord été développée par la jurisprudence comme condition supplémentaire au recours contentieux basée sur la violation de la loi (70) ; l'arrêt Alcindor (71) abandonna finalement cette exigence supplémentaire. Mais depuis lors, la notion de droit acquis a pris une signification nouvelle à propos de la question du retrait des actes administratifs (72). La terminologie employée est la même, mais la signification juridique est foncièrement différente. Comme un auteur le fait remarquer à ce propos : « la notion de droits acquis, vidée de sa substance originelle, et ainsi devenue caduque, trouve une nouvelle carrière dans son affectation à d'autres fins » (73).

On est alors en face d'un exemple du « réemploi » par le juge du vocabulaire d'une règle jurisprudentielle depuis longtemps abandonnée (74).

Conclusion sur ce point. — L'inertie naturelle des règles jurisprudentielles constitue un fait. Il est probable également qu'elle n'est pas sans bénéfice tant pour le justiciable qui a besoin de sécurité juridique, que pour le juge qui ne saurait faire de son activité normative l'occasion de perpétuelles modifications.

Il reste que, conscient de cette pesanteur de la règle, et conscient aussi de la nécessité de son adaptation constante au réel, le juge devait naturellement chercher à s'assurer un perpétuel pouvoir de contrôle sur le contenu et la portée de la règle qu'il a lui-même élaborée.

§ 2. — *Les méthodes utilisées par le juge pour assurer la mutabilité de la règle*

Objet du paragraphe. — C'est par la définition des caractères de la règle jurisprudentielle initiale que le juge administratif peut s'assurer une sorte de recul par rapport à celle-ci, lui permettant

(70) En ce sens, Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., 1896, p. 532 ; cette solution était cependant critiquée par Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., p. 310, n° 3, pour qui la méconnaissance de droits acquis n'est qu'une condition de recevabilité.

(71) C.E. 1^{er} juin 1906, Alcindor, *Leb.*, p. 516.

(72) Cf. la note d'Hauriou sous C.E. 3 novembre 1922, Dame Cachet, et trois autres arrêts au S., 1925, 3, 9, et M. Waline, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 888, p. 490.

(73) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 215, n° 156.

(74) C'est à des considérations analogues que s'apparente peut-être l'espèce de confusion permanente d'expression que le juge entretient parfois entre retrait et abrogation ; ce ne serait plus alors l'opération elle-même qui importe, mais le domaine dans lequel elle intervient et le vocabulaire communément utilisé dans ce domaine.

de garder la maîtrise de son contenu. Le danger serait en effet celui de trop fréquentes contradictions dont souffrirait finalement l'autorité même de l'activité jurisprudentielle du juge ; il faut donc que la règle initiale, par le seul jeu de ses caractéristiques intrinsèques, réserve la possibilité de développements nouveaux (75).

Le juge à cet égard doit faire preuve de la plus grande finesse, car il faut éviter que la mutabilité virtuelle de la règle qu'il a créée ne soit acquise au prix d'une trop grande imprécision.

La « vie » des règles jurisprudentielles exige ainsi que le juge ait recours à certaines méthodes dont nous nous proposons d'examiner ici les principales.

A. — L'ADOPTION DE RÈGLES JURISPRUDENTIELLES SOUPLES

Les jurisprudences « fixatives » ou « souples ». — Le critère qui permet de distinguer entre ces deux types de règles jurisprudentielles doit être cherché dans l'existence ou non d'une définition précise de la règle adoptée.

En ce sens doit être considérée comme fixative une règle jurisprudentielle qui s'accompagne d'une définition exacte et précise des termes qui l'expriment. En revanche une jurisprudence souple se caractérise par le refus du juge de donner une définition rigoureuse des termes qui l'expriment ; comme le note un auteur (76) : il s'agit de règle « où le concept, intentionnellement, ne se fixe qu'en apparence et révèle, en réalité, à l'examen, un contenu plus ou moins variable ».

Il est évident que cette seconde catégorie de règles est infiniment plus favorable à la mutabilité de la règle jurisprudentielle ; elle permet la modification discrète de celle-ci, presque secrète, sans changement dans le vocabulaire employé ; l'évolution est assurée sans heurt parce qu'elle semble ne concerner que le champ d'application de la règle et non pas d'abord son contenu ; tout ceci explique que la majorité des règles jurisprudentielles, quelle que soit leur autorité (77), appartiennent à la catégorie des jurisprudences souples ; l'exception étant constituée par les règles fixatives qui proposent elles-mêmes leur propre définition.

Quelques exemples éclaireront ces remarques.

Exemples de jurisprudences souples. — Il n'est pas bien difficile de proposer ici quelques exemples de règles jurisprudentielles souples, puisque, nous l'avons dit, celles-ci constituent le droit commun des jurisprudences.

(75) Cf. sur ce point la remarque de M. Rivero, qui expose « la nécessité pour le juge de ne point se lier inconsidérément par l'énoncé de règles qui, demain, l'obligeraient soit à ruser avec elles pour en éluder l'application... soit à leur demeurer fidèle, mais en méconnaissant alors la spécificité du nouveau litige porté devant lui » (J. Rivero, *E.D.C.E.*, 1955 : « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *op. cit.*, spécialement p. 32). C'est la nécessité de trouver une solution à ce même problème qui est à l'origine de la distinction anglaise entre *obiter dicta* et *ratio decidendi*.

(76) R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 199 ; et l'auteur donne ici l'exemple de la notion d'intérêt quant à la recevabilité des recours contentieux.

(77) Avec cependant peut-être une exception pour les jurisprudences simples pratiques, cf. *supra*, section I, § 2, de ce chapitre.

Ce n'est pas que, dans de telles hypothèses (78), le juge refuse à la règle qu'il crée le bénéfice d'une dénomination, se contentant de s'assurer de son effectivité ; au contraire le juge rappelle volontiers, dans la rédaction des arrêts, les termes communément utilisés pour désigner la règle, même si ceux-ci, comme il arrive parfois, ont d'avord été adoptés par la doctrine (79). Simplement cette dénomination ne constitue pas une définition ; les termes utilisés accèdent au vocabulaire juridique commun, mais leur contenu n'est pas précisé pour autant.

Un premier exemple en est fourni par la jurisprudence relative à l'intérêt à agir des requérants dans le recours pour excès de pouvoir. Comme le notent MM. Auby et Drago « la jurisprudence a disposé à cet égard d'une liberté complète et elle a eu soin de ne pas indiquer de manière précise les éléments sur lesquels elle fondait son appréciation de l'intérêt du requérant » (80). Le juge est d'ailleurs parfaitement conscient de cette imprécision volontaire ; il y voit le moyen de garder les coudées franches vis-à-vis des « faiseurs de systèmes » et, ainsi, de réserver l'éventualité de modifications nécessaires. Un auteur parle à ce sujet d'« une jurisprudence qui, en ne précisant jamais les motifs théoriques de son choix, laisse dans l'embarras les faiseurs de systèmes » (81).

L'examen de la jurisprudence relative aux « formalités substantielles » constitue un autre exemple de cette même méthode. On sait que celles-ci sont constituées par les dispositions de forme qui entourent un acte administratif et dont la méconnaissance est susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte concerné (82) ; mais il ne s'agit là que des conséquences juridiques attachées à la théorie des formalités substantielles ; en revanche le juge s'est toujours gardé de fournir de celles-ci une définition fixative, abstraite, et qui permette de les caractériser *a priori*, indépendamment du sort contentieux qui sera fait à chacune si le juge a à en connaître. Comme l'écrit M. Latournerie : « en ce domaine,... le Conseil, fidèle à ses méthodes habituelles, règle ses exigences, quant à la forme,

(78) On rejoint ici les questions du rôle des définitions dans les méthodes du juge administratif (cf. *supra*, pp. 32 et s.), et également celle de l'utilisation de standards jurisprudentiels (cf. *supra*, pp. 47 et s.).

(79) Ainsi, pour prendre des exemples, les décisions du juge se réfèrent parfois expressément à la construction des formalités substantielles (C.E. 8 juillet 1905, Boitel de Diéval, *Leb.*, p. 690, ou, plus récemment, C.E. 2 novembre 1956, Lombard, *Leb.*, p. 407), à la jurisprudence dite du premier dénommé (C.E. 30 juin 1950, Delmas, *Leb.*, p. 404, concl. Delvolvé), au principe de l'égalité devant les charges publiques (cf. par exemple la formule employée par l'arrêt C.E. 29 juin 1962, Sté Manufacture des machines du Haut-Rhin, *Leb.*, p. 432, concl. Ordonneau : « La responsabilité de la puissance publique peut se trouver engagée, même sans faute, sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques au cas où une mesure légalement prise a pour effet d'entraîner au détriment d'une personne physique ou morale un préjudice spécial et d'une certaine gravité. »).

(80) J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, op. cit., t. II, n° 1032 *in fine*.

(81) M. Chenot, concl. sur C.E. 10 février 1950, Gicquel, *Leb.*, p. 99.

(82) Cf. sur ce point Auby et Drago, *Traité du contentieux administratif*, op. cit., t. II, pp. 582 et s., qui distinguent en particulier entre vice de forme et vice de procédure.

sur la considération attentive des circonstances dans lesquelles les actes contestés ont été pris » (83).

Il en va de même de la notion d'erreur manifeste dont la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est assez récemment enrichie (84) ; celle-ci a pour objet de permettre au juge d'augmenter son contrôle sur la qualification des faits (85). Cependant, comme l'on montré les remarques très attentives de M. Kornprobst : « en accolant le terme d'erreur à celui de manifeste la jurisprudence a créé une nouvelle notion dont il faut préciser le contenu. Mais, à vrai dire, la matière des arrêts relevés aide peu dans cette recherche » (86).

Sans multiplier les exemples (87), nous citerons encore la notion si controversée de service public ; il est hors de discussion que le juge ait eu souvent et continue fréquemment à avoir recours à cette notion ; or, en dépit de l'effort explicatif tenté sur ce point par M. Latournerie (88), la jurisprudence n'a jamais proposé une définition générale du service public (89), même lorsque certains de ses commissaires du Gouvernement s'y étaient essayés (90).

Symétriquement, la jurisprudence n'a jamais proposé de la notion de clause exorbitante une définition rigoureuse ; mais, suivant les espèces autant de solutions particulières (91) ; ainsi le Tribunal des Conflits voit-il dans la clause exorbitante « une clause qui n'est pas usuelle dans les rapports de droit privé » (92), tandis que le Conseil d'Etat la caractérise tantôt comme « une clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque, dans le cadre des lois civiles ou commerciales » (93), tantôt comme

(83) Cf. R. Latournerie : « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 226, dont les observations sur ce point montrent bien qu'une définition fixative des formalités substantielles serait la négation même de cette jurisprudence.

(84) Cf. la jurisprudence citée par B. Kornprobst : « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, chr., p. 121.

(85) Cependant, dans le contentieux des dommages de guerre, le juge de cassation refuse au contraire d'exercer un contrôle de la qualification des faits par le moyen de l'erreur manifeste ; cf. Poussière, *J.-Cl. administratif*.

(86) B. Kornprobst : « L'erreur manifeste », *op. cit.*, *D.*, 1965, chr., p. 122. Sur toute cette question, on ne peut que renvoyer à la jurisprudence très complète analysée par cet auteur.

(87) On en trouverait de nombreux dans le contentieux de la responsabilité ; en particulier le caractère souple des jurisprudences relatives à la distinction de la faute personnelle et de la faute de service.

(88) R. Latournerie : « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie, convalescence ou jouvence ? » *E.D.C.E.*, 1960, pp. 62 et s.

(89) Cf. en ce sens les recherches de M. Waline : « Compte rendu de l'étude de M. Latournerie », *R.D.P.*, 1961, pp. 708 et s.

(90) Cf. par exemple, les conclusions du commissaire du Gouvernement Lagrange sur C.E. 2 avril 1943, Bouguen, *R.D.P.*, 1944, p. 367 : « pour qu'une organisation, un service, ait le caractère d'un service public, il faut : 1° qu'il ait en vue la gestion d'intérêts généraux ; 2° que cette gestion soit effectuée au moyen de procédés exorbitants du droit commun, de procédés de puissance publique ».

(91) Cf. sur tous ces points, G. Vedel : « Remarques sur la notion de clause exorbitante » in *Mél. Mestre*, 1956, *op. cit.*, pp. 527 et s.

(92) T.C. 14 novembre 1960, Société Coopérative agricole de stockage, *Leb.*, p. 867.

(93) C.E. 2 février 1958, Compagnie des Cuivres de Falemegambie, *Leb.*, p. 128.

« une clause différant par sa nature de celle qui peut être inscrite dans un contrat analogue de droit civil, la situation réciproque des contractants n'étant pas celle qui, normalement, serait résultée d'un accord conclu conformément au droit commun » (94).

Exemples de jurisprudences fixatives. — Il est beaucoup plus exceptionnel que le juge adopte sur un point une jurisprudence fixative : « il est rare que le Conseil d'Etat hasarde une définition. Il ne s'y résoud — encore ne le fait-il qu'avec une circonspection extrême, et de façon plutôt implicite — que quand des épreuves suffisantes ont réduit le risque toujours inhérent à un tel énoncé jusqu'à le supprimer pratiquement » (95) ; ce risque, que signale l'observateur, n'est pas autre chose que celui de rendre, sinon impossible, du moins beaucoup plus difficile l'évolution ultérieure de la règle jurisprudentielle.

D'une façon générale, l'œuvre contentieuse du juge accorde ainsi la préférence aux règles jurisprudentielles souples sur les jurisprudences fixatives. A cette constatation il y a pourtant quelques exceptions.

Ainsi, d'après M. Latournerie (96), de la définition jurisprudentielle des travaux publics (97) ; il faut cependant ajouter qu'aujourd'hui la jurisprudence classique (98) s'est trouvée compliquée par la jurisprudence Effimieff (99) dont M. Latournerie ne pouvait évidemment tenir compte à l'époque à laquelle il écrivait.

Un autre exemple de jurisprudence fixative peut être cherché dans la notion de voie de fait ; celle-ci a en effet été maintes fois définie par le juge : elle consiste en un acte (ou une menace d'exécution d'un acte) « manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration (100) ; dans d'autres espèces, elle est définie comme « une atteinte portée au droit de propriété ou à une liberté fondamentale » (101).

Le fait que le juge se soit ainsi engagé dès le départ sur le terrain des définitions (102) explique d'ailleurs les discussions passionnées

(94) C.E. 19 juin 1952, Société des combustibles et des carburants nationaux, *Leb.*, p. 628.

(95) R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 221.

(96) R. Latournerie, *Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 221.

(97) Celle-ci résulte principalement des arrêts C.E. 10 juin 1921, Commune de Monséguir, S., 1921, 3, 49, concl. Corneille, note Hauriou, affirmant le but d'utilité générale du travail public, et C.E. 22 juin 1928, de Sigalas, *R.D.P.*, 1928, p. 525, concl. Josse, précisant la condition d'exécution pour le compte d'une personne publique.

(98) Voir encore l'exposé qu'en fait A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., t. II, pp. 252 et s.

(99) T.C. 28 mars 1955, Effimieff, *J.C.P.*, 1955, II, 8786, note Blaevoët, qui accorde la qualité de travaux publics aux opérations effectuées par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public, même si les travaux sont destinés à des personnes privées.

(100) C.E. 18 novembre 1949, Carlier, *J.C.P.*, 1950, II, 5535, note Vedel ; la formule était légèrement différente dans T.C. 11 février 1947, Perrin, *D.*, 1947, p. 134, note P.L.J.

(101) C.E. 8 avril 1961, dame Klein, *D.*, 1961, p. 587, concl. Henry, interprété *a contrario*.

(102) Cf. encore M. Waline, *R.D.P.*, 1961, p. 709, et la comparaison faite avec la jurisprudence du service public.

qui accompagnent régulièrement toute modification apparente de la jurisprudence relative à la voie de fait (103).

Le juge a le choix lorsqu'il crée la règle entre la définition des termes qu'il emploie et le refus de définition ; c'est cette seconde solution qu'il adopte le plus généralement.

Mais il ne faut pas dissimuler le prix que doit payer le juge lorsqu'il a recours à cette seconde méthode.

L'imprécision volontaire des règles jurisprudentielles. — Ce prix est nécessairement une certaine imprécision de la règle jurisprudentielle ; que cette imprécision porte sur les termes employés ou sur le fond même de la règle (104).

L'imprécision des termes est chose bien connue et « avouée » par le juge lui-même ; « la prudence de son langage est affaire de méthode... il préfère l'incertitude à l'erreur » explique M. Querrien (105) ; et un autre auteur ajoute à propos d'une catégorie particulière de règles jurisprudentielles : « c'est bien souvent dans l'imprécision même de leur contenu que réside une des causes de la permanence des principes généraux du droit » (106).

Imprécision sur le fond ensuite, qui se manifeste d'abord par le souci du juge de limiter sa décision à ce qui est immédiatement utile, par son application d'autre part à maintenir dans certains secteurs une sorte d'indétermination jurisprudentielle très consciente.

On a déjà noté (107) cette « politique coutumière du Conseil d'Etat, qui préfère réserver l'avenir en s'abstenant de prendre position sur une question de principe importante, mais qui pouvait paraître ne pas se poser en l'espèce » (108).

Il faut y ajouter le souci très réel du juge de maintenir quelques secteurs à l'abri de toute réglementation jurisprudentielle ; ceux-ci apparaissent alors dans l'ensemble de l'œuvre jurisprudentielle du juge, comme des secteurs destinés aux interventions ponctuelles du juge ; ils sont, au niveau d'ensemble, l'équivalent des arrêts d'espèce à propos de chaque règle jurisprudentielle (109).

C'est ainsi que le juge administratif a toujours refusé de se prononcer clairement sur l'appartenance au domaine public de certains édifices comme les Palais de justice et les casernes ; il se contente d'affirmer que les travaux effectués sur ces édifices consti-

(103) Cf. par exemple, qui s'opposent sur ce point, P. Weil, note sous C.E. 15 février 1961, Werquin, *D.*, 1961, p. 611, qui souhaite qu'« on élague enfin, notre droit administratif d'institutions aussi mal adaptées aux fins qu'elles sont censées poursuivre », et G. Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, p. 96, qui explique pourquoi « la disparition de la notion et de la théorie de la voie de fait serait regrettable ».

(104) Cf. sur tous ces points, *supra*, pp. 97 et s.

(105) M. Querrien : « Du droit jurisprudentiel au droit écrit ; la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique », in *L.J.C.E.*, *op. cit.*, p. 321.

(106) B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 188.

(107) Cf. *supra*, pp. 98 et s.

(108) Note L'Huillier, sous C.E. 12 février 1960, Société Eky, *D.*, 1960, p. 263.

(109) Cf. *supra*, § 1^{er} de cette section.

tuent des travaux publics, « sans qu'il soit besoin de déterminer si ce palais faisait partie du domaine public ou privé » (110).

De même la question classique de savoir si les établissements publics ont ou n'ont pas un domaine public n'a pas reçu à ce jour de réponse tranchée de la part du juge (111).

L'adoption de règles jurisprudentielles souples, au prix d'une certaine imprécision, n'est pas le seul procédé dont le juge dispose pour assurer la mutabilité de la règle jurisprudentielle.

B. — L'ADOPTION DE RÈGLES JURISPRUDENTIELLES « OUVERTES »

Les jurisprudences « fermées » ou « ouvertes ». — Une jurisprudence doit être dite « ouverte » lorsque, autour de la règle de principe qu'elle pose, elle réserve la place à des exceptions dont elle ne précise généralement pas le contenu.

Au contraire une jurisprudence « fermée » se limite à la formulation d'une règle de principe à vocation universelle.

On imagine tout de suite que la faveur du juge ira naturellement au premier type de règles jurisprudentielles ; celles-ci permettent en effet de réserver doublement l'avenir ; expressément d'abord par le jeu des exceptions que la règle prévoit ; implicitement ensuite par le silence qu'elle garde sur le contenu exact de ses dernières. La mutabilité de la règle jurisprudentielle se trouve ainsi largement assurée.

Combinaison de cette méthode avec celle des jurisprudences souples. — Il faut d'ailleurs ajouter que cette méthode du juge peut parfaitement se combiner avec celle précédemment décrite, de l'adoption de règles jurisprudentielles souples ; l'examen de la jurisprudence en fournit de nombreux exemples. Et en ce sens, le sage conseil d'Hauriou prend une double signification : « Méfions-nous des définitions trop étroites, qui vident une matière de sa substance, qui ne lui laissent ni souplesse d'évolution, ni puissance de développement » (112) ; si l'« étroitesse » de la jurisprudence signifie sa précision, c'est à l'égard des jurisprudences fixatives que le Doyen de Toulouse met en garde ; si au contraire l'« étroitesse » d'une définition concerne son champ d'application, c'est une condamnation des jurisprudences fermées que contient cette citation.

Exemples de jurisprudences « ouvertes ». — Un premier exemple en est donné par les conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu dans l'arrêt Terrier (113). On sait l'apport de cette décision pour la définition de la compétence juridictionnelle administrative. Or sur ce point, les conclusions de Romieu se présentent sous la

(110) T.C. 24 octobre 1942, Préfet des Bouches-du-Rhône, S., 1945, 3, 10 ; la solution, ou plutôt, l'absence de solution est la même à propos des églises. Cf. cependant aujourd'hui, pour l'appartenance du Palais de justice de Paris au domaine public (T.A. Paris, 9 mai 1967, E. Brun, A.J.D.A., 1968, p. 353), et, dans le cas d'un Hôtel de Ville (C.E. 17 mars 1967, Ranchon, A.J.D.A., 1967, p. 415. La jurisprudence s'est également préoccupée de la question en ce qui concerne les casernes.

(111) Ou encore, la question de savoir si la garantie décennale des architectes joue pareillement à l'égard des architectes fonctionnaires.

(112) M. Hauriou, note sous C.E. 15 juillet 1927, Groffe, S., 1927, 3, 121.

(113) C.E. 6 février 1903, Terrier, S., 1903, 3, 25, concl. Romieu, note Hauriou.

forme d'un principe assorti d'une exception ; le principe est que « tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits... constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative » ; ceci sous la réserve d'une exception importante, expressément mentionnée : « il demeure entendu qu'il faut réserver pour les départements et les communes, comme pour l'Etat, les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier » ; et pour la détermination précise de la signification et de la portée de cette exception, le Commissaire du Gouvernement déclarait expressément s'en remettre à une « détermination jurisprudentielle progressive » (114).

Un autre exemple est fourni par la jurisprudence relative à la création de services publics industriels et commerciaux par les communes. On sait que, à ce sujet, le Conseil d'Etat a, de longue date, affirmé son attachement à la liberté du commerce et de l'industrie, formulée par les lois des 2 et 17 mars 1971, qui met obstacle à ce que les communes concurrencent les commerçants et les industriels privés (115). Tel était le principe. Mais dès l'origine la jurisprudence avait assorti cette interdiction de principe d'une importante exception : l'intervention communale devient possible lorsqu'elle est justifiée par la considération de l'intérêt général (116). Par là-même l'évolution ultérieure de la règle était assurée et pouvait, progressivement, se développer sans heurts ; il suffisait au juge d'élargir progressivement la portée de l'exception ; ainsi furent successivement admises les créations de piscines (117), de cinémas éducatifs, d'un théâtre de verdure produisant un spectacle de variété (118), de cabinets dentaires (119), d'un cabinet de consultations juridiques gratuites (120).

On ne peut s'empêcher de noter ici la similitude de méthodes qui se rencontre parfois entre juge administratif français et juge anglais : ici, la même habileté à ne pas heurter de front un principe qui a été posé, mais à le contourner, et par le jeu d'exceptions de plus en plus largement entendues, à le vider progressivement de sa substance (121).

La méthode du juge administratif ajoute parfois aux exceptions

(114) « Il appartient à la jurisprudence de déterminer... dans quels cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif, ou au contraire en face d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée, et entendent se maintenir exclusivement dans les conditions du droit privé. » Concl. Romieu précitées.

(115) Cf. G. Vedel, *Droit administratif*, op. cit., p. 616.

(116) Cf. le motif de principe de l'arrêt C.E. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, S., 1931, 3, 73, concl. Josse, note Alibert, qui expose très précisément ce double système.

(117) C.E. 12 juillet 1939, Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne, D., 1940, 3, 1.

(118) C.E. 12 juin 1959, Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie, A.J.D.J., 1959, II, 86, concl. Mayras.

(119) C.E. 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, A.J.D.A., 1964, p. 705, revenant sur C.E. 29 mars 1901, Casanova, S., 1901, 3, 73, note Hauriou.

(120) C.E. 23 décembre 1970, Préfet du Val-d'Oise et Ministre de l'Intérieur, c. Commune de Montmagny, A.J.D.A., 1971, p. 166.

(121) Cf. sur ce point, D. Pépy : « Justice anglaise et justice administrative française », E.D.C.E., 1956, pp. 159 et s.

propres à chaque principe jurisprudentiel le jeu d'une sorte d'exception générale qui, concernant toutes les règles jurisprudentielles, peut, sous certaines conditions, en modifier radicalement la signification ; nous voulons parler ici de la construction jurisprudentielle des « circonstances exceptionnelles ».

Sans doute l'utilisation de cette théorie « porte ouverte à la suppression de toute légalité » (122), est-elle subordonnée à certaines conditions (123).

Il reste que lorsque le juge y a recours, il décide d'écarter les solutions que comportent les règles juridictionnelles ordinaires, même lorsqu'il s'agit de règles fondamentales comme le respect des droits de la défense (124), ou la liberté d'aller et venir (125).

Conclusion sur ce point. — « Certaines jurisprudences se diversifient sans cesse, d'autres évoluent progressivement ; il en est qui, comme certaines étoiles au firmament, brillent d'un éclat momentané, puis s'éteignent à jamais » (126). Ledru-Rollin disait déjà : « Parfois, comme tout ce qui est humain, elle (la jurisprudence) flotte, tourbillonne et revient sur elle-même ; mais que l'œil la suive attentivement, ce n'est là qu'un moment de repos, elle va bientôt reprendre sa marche accoutumée, et cette marche est le progrès » (127).

Tout ceci n'est pas le résultat de quelque divin mécanisme, mais celui de la tâche jurisprudentielle permanente du juge administratif, le reflet et le résultat des méthodes qu'il utilise. Car la création d'une règle de droit jurisprudentielle susceptible d'évoluer avec la réalité à laquelle elle s'applique est avant tout affaire de méthode.

(122) Concl. Letourneur sur C.E. 16 avril 1948, S., 1948, 3, 36.

(123) Cf. sur ce point, les explications de MM. Long, Weil et Braibant aux Grands arrêts, sous l'arrêt C.E. 28 juin 1918, Heyries, S., 1922, 3, 49, note Hauriou.

(124) Heyries, précité, note 6, p. 569.

(125) C.E. 28 février 1919, dames Dol et Laurent, S., 1918-1919, 3, 33, note Hauriou.

(126) F. Gazier : « Le cœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence », *E.D.C.E.*, 1956, p. 157.

(127) Ledru-Rollin, *Journal du Palais*, 3^e éd., 1837-1842, p. 17.

CONCLUSION GENERALE

L'étude, très partielle, qui vient d'être faite des méthodes utilisées par le juge administratif français, tant dans l'accomplissement de sa tâche juridictionnelle, que dans la conduite de son activité jurisprudentielle, prétend avant tout à la modestie. Elle est un examen forcément incomplet, mené par quelqu'un qui ne sait du juge administratif que ce que celui-ci a bien voulu confier ; d'autre part, parce qu'elle est un essai d'explication, elle prend parfois des allures de système, qui ne correspondent plus à la réalité jurisprudentielle.

Au terme de cette étude, il paraît cependant possible d'avancer, en guise de conclusion, quelques propositions.

La tâche du juge administratif français, dans sa complexité, ne s'accomplit pas sans le recours à un système de méthodes. La réalité de celles-ci ne semble pas pouvoir être discutée. Toutefois, la diversité même de ces méthodes, et le principe de liberté qui préside à leur utilisation, laissent la place principale à l'habileté du juge, à la conscience qu'il a des fins qu'il poursuit, en un mot, à son libre arbitre.

D'autre part, l'existence même et l'utilisation de ces méthodes ont une influence évidente sur le contenu des règles jurisprudentielles élaborées par le juge. Celles-ci ne sont pas seulement le résultat de la volonté normative du juge exercée sur un point particulier ; elles sont aussi l'expression d'une technique. Créées par le juge, et soumises en permanence à son contrôle, ces règles portent en elles-mêmes la marque des méthodes utilisées par celui-ci.

Et il nous semble qu'il y a là une des constantes du droit jurisprudentiel ; les règles qui composent celui-ci sont en effet, par nécessité, à la fois l'expression de la volonté du juge d'apporter une solution de fond à un problème particulier et le reflet de la technique utilisée par celui-ci à cet égard. La technique préside à l'apparition de la règle de fond et elle la marque de son empreinte.

Au demeurant, il convient, en terminant, d'élargir le débat. A ce titre, il apparaît aisément que les méthodes qui ont été recensées et examinées ne sont pas en tant que telles le fait exclusif du juge administratif. Leur domaine d'intervention est beaucoup plus large ; car ce sont ces mêmes méthodes qu'utilise tout juriste, aussi bien l'analyste des décisions du Conseil d'Etat, que celui qui préside à leur apparition.

C'est dire toute l'importance qui s'attache à ce système de méthodes. Il est le terrain sur lequel se développe l'essentiel de la réflexion juridique ; il est le matériau à partir duquel s'élaborent chaque jour les règles du droit positif.

Or, s'il fallait caractériser ces méthodes par leur composante essentielle, c'est leur extrême permanence qui devrait être mise en avant.

Les méthodes juridiques occidentales — si du moins on met l'accent sur les méthodes de travail intellectuel, plus que sur les méthodes d'organisation matérielle du travail, ce qui correspond à l'option suivie dans le cadre de ce travail — sont d'une extraordinaire stabilité. A vrai dire, c'est dans cette permanence et cette solidité des méthodes que, nous semble devoir être recherché le principe d'unité du droit occidental. Dans le cadre restreint de ce travail, nous avons eu maintes fois l'occasion de constater que les méthodes utilisées par le juge étaient essentiellement les mêmes que celles auxquelles celui-ci avait recours à la fin du siècle dernier ; cherchant à définir et à caractériser ces méthodes, c'est tout naturellement aux explications d'Aristote que nous avons parfois fait appel. Cette conclusion n'étonnera que les moins avertis : les instruments intellectuels qu'utilisent aujourd'hui tel Commissaire du Gouvernement, tel juge, ou tel annotateur, ne sont pas autres que ceux qui, depuis plusieurs siècles, ont soutenu et encadré la pensée juridique occidentale. Et c'est la gloire de ce système de méthodes que d'avoir pu rendre compte de réalités extraordinairement diverses.

Si l'on revient au cadre plus étroit des méthodes utilisées par le juge administratif, il reste à constater que celles-ci sont l'accessoire nécessaire des tâches qui incombent au juge. Elles en ont les caractères ; secrètes et difficiles à comprendre, parce que le juge administratif français, qui n'a jamais reçu mission de législateur, ne peut agir dans le domaine du droit positif qu'avec prudence et discrétion ; complexes et parfois contradictoires, parce que ce juge doit satisfaire simultanément à des tâches de nature juridictionnelle et à la formulation du droit jurisprudentiel.

Il y a là un état de fait qu'il faut constater, avant — si on le juge utile — d'en proposer la modification.

De toutes les façons, on ne saurait oublier que c'est l'utilisation de ces méthodes qui a permis, au cours des années, la réalisation et l'évolution du droit administratif français.

**

Vu : le Président :

M. le Doyen G. VEDEL

*Vu et permis d'imprimer :
Le Doyen de l'Université de Droit
d'Economie et de Sciences sociales de Paris.*

M. le Doyen J. BOULANIS

BIBLIOGRAPHIE

L'index bibliographique est distribué en quatre rubriques :

- I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX ET COURS
- II. — THÈSES ET MÉMOIRES
- III. — AUTRES OUVRAGES
- IV. — ARTICLES ET DISCOURS

A l'intérieur de chacune de ces rubriques, le classement est alphabétique, et pour les ouvrages d'un même auteur, chronologique.

Certains ouvrages, mentionnés dans la thèse, mais d'importance secondaire pour le sujet examiné, ne sont pas répertoriés ici.

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET COURS

AUBY et DRAGO : *Traité du Contentieux administratif*. 3 vol. Paris 1962. L.G.D.J.

AUCOC : *Conférences sur l'administration et de droit administratif*. 3^e éd. Paris Dunod. 2 vol. 1882.

CARBONNIER J. : *Cours de sociologie juridique* (Cours du droit, polycop.).

CHAPUS (R.) : *Cours de droit constitutionnel*. Paris, 1968-69. Les Cours du droit, polycopié.

DE CORMENIN (Louis-Marie) : *Questions de droit administratif*, 3 vol., in 8°, Paris, 1837.

DUCROCQ : *Cours de droit administratif*, 7^e éd. (Paris 1897-1905).

DUEZ et DEBEYRE : *Traité de droit administratif*, 1952.

DUFOUR (G.) : *Traité général de droit administratif*, 2^e éd., Paris, 1854-57. 7 vol. in 8°.

FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil français*, Paris, Videcoq. 1836. 15 vol. in 8°.

FLOUR J. : *Cour d'institutions judiciaires et de droit civil* 1959/1960 (polycopié aux Cours du droit).

HAURIOU (M.) : *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^e éd., 1927.

— : *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 240.

— : *Précis de droit administratif*, éd. n. 4 et 5. Sirey 1943.

- LAFERRIÈRE : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1896. 2^e éd. 2 vol. in 4^o.
- DE LAUBADÈRE A. : *Traité élémentaire de droit administratif*, 3 vol. 3^e éd. 1963/66. *L.G.D.J.* et 5^e éd. 1968/70 (même éditeur).
- LONG, WEIL et BRAIBANT : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris. *Sirey*, 3^e éd., 1962.
- ODENT R. : *Contentieux administratif*. Cours professé à l'I.E.P. 1957/58. Les Cours de droit photocopié 1961/62, 3 tomes.
- RIVERO J. : *Précis de droit administratif*. *Dalloz*, 3^e éd., 1965.
- VEDEL (G.) : *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris, *Sirey*, 1949.
- : *Institutions administratives*. Paris 1962. Cours photocopié.
- : *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1968.
- WALINE (M.) : *Traité de droit administratif* 7^e éd., 1957, *Sirey* et 9^e éd., 1963.

II. — THESES ET MEMOIRES

- BARDONNET (D.) : *Le Tribunal des Conflits, juge du fond Th.*, Paris, 1959.
- BATAILLER (F.) : *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel Th.*, Paris, *L.G.D.J.*, 1966. Préf. Vedel.
- BLOCH : *Recherche sur la notion de travail public. Th.*, Paris, 1961.
- BOLONA KELLY : *Le Conseil d'Etat et les Traités de Paris et de Rome. Th.*, Paris, 1969, dactylographiée.
- CASTAGNE J. : *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative. Th. Droit Bordeaux 1961. Paris, L.G.D.J.*, 1964, 216 p.
- CATHALA T. : *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires. Th.*, Paris, 1964. *L.G.D.J.*, 1966, 167 p.
- CHAPUS (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire. Th.*, Paris, *L.G.D.J.*, 1953.
- CHEVALLIER : *Commentaire de l'article 177 du Traité C.E.E. à l'usage des juges et des justiciables français. Th.*, Paris, 1964, dactylographiée.
- CHRÉTIEN (M.) : *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle, leur formation, leurs caractères. Th.*, Lille, 1936 (Lille, Imp. Daniel, 1936).
- CLAVIÈRE-SCIELE : *Les techniques juridictionnelles du Conseil Constitutionnel. Mém. D.E.S. Droit Public. Paris, 1960, dactylographié.*
- COHENDY (G.) : *La méthode d'un arrêtiiste au XIX^e siècle... Labbé... Th.*, Lyon, 1909/10. Paris, A. Rousseau, 1910.
- CONNOIS (R.) : *La notion d'établissement public en droit administratif français. Th.*, Paris, *L.G.D.J.*, 1958.

- CORNU (G.) : La responsabilité délictuelle comparée en droit public et en droit privé. *Th.*, Paris, 1949.
- DEBBASCH Ch. : Procédure administrative contentieuse et procédure civile. *Th.* Droit Aix 1960. Paris, *L.G.D.J.*, 1961, 468 p.
- DELVOLVE (P.) : Le principe d'égalité devant les charges publiques. *Th.*, Paris, 1966.
- DRAGO R. : Les crises de la notion d'établissement public. *Th.*, Paris, Pédone. 1950.
- DURAND C. : Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire. *Th.*, Rennes, 1954.
- FAVOREU L. : Du déni de justice en droit public français. *Th.*, Paris, Paris, *L.G.D.J.*, 1964.
- GJIDARA M. : La fonction administrative contentieuse. *Th.*, Paris, 1970, 2 tomes, dactylographiée.
- HUFTEAU Y.L. : Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi. Préface de J. Boulanger. Collection des travaux et recherches de la Faculté de Droit de Paris. *P.U.F.*, 1965.
- JEANNEAU B. : Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. *Th.*, Poitiers, 1953 (Paris, *Sirey*, 1954) avec une préface de J. Rivero.
- LADRET A. : Etude critique des méthodes d'évaluation du préjudice corporel. *Th.*, 1969. Paris, *L.G.D.J.*
- LANGAVANT E. : La collaboration entre les deux ordres de juridictions. *Th.*, Lille 1954.
- LEBRUN : La coutume. *Th.*, Paris 1932.
- LESAGE M. : Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. Préface R. Drago. *Th.*, (Paris. *L.G.D.J.* 1960).
- LOSCHAK (D.) : Le rôle politique du juge administratif français, sa portée et ses limites. *Th.*, Paris, 1970, multigraphiée.
- LUCHET J. : L'arrêt Blanco, la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat. *Th.*, Nancy, 1935.
- MIGNON M. : La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public. *Th.*, Lille 1938.
- MOTULSKI M. : Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs de droits subjectifs). *Th.*, Lyon (Paris, *Sirey*, 1948).
- NEGRIN : Le Conseil d'Etat et la vie politique en France depuis 1958. Travaux et mémoires de la Faculté de droit d'Aix. Paris. *P.U.F.* 1968. 173 p.
- NOËL : La notion de travail public. *Th.*, Paris, 1924.
- PACTET (P.) : Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative. *Th.*, Paris, 1952.
- PERROT R. : De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. *Th.*, Paris, 1947 (Paris, *Sirey*, 1953).

- PISIER-KOUCHNER E. : Les fondements de la notion de service public dans l'œuvre de Léon Duguit. *Th.*, Paris, 1970, dactylographiée, 2 vol.
- RAVANEL (J.) : Le Conseil d'Etat et le Parlement. *Th.*, Grenoble, 1944, multigraphiée.
- ROBERT J. : Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration. *Th.*, Paris, 1955. Pichon et Durand-Auzias.
- SANDEVOIR P. : Etudes sur le recours de pleine juridiction (*L.G.D.J.* 1964).
- SCHWARTZENBERG R.G. : L'autorité de la chose décidée. *Th.*, Paris, *L.G.D.J.*, 1969.
- DE SEGOGNE B. : De la date d'évaluation du préjudice en matière de responsabilité civile et administrative. *Th.*, Paris, 1951.
- SFEZ L. : Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français. Préf. J. Rivero, Avant-propos A. Hauriou (Paris, *L.G.D.J.*, 1966).
- SOUBEYROL : Les décrets-lois sous la IV^e République. *Th.*, Bordeaux 1955, 232 p.
- VEDEL G. : Essai sur la notion de cause en droit administratif français. Th. Toulouse. Paris. *Sirey*, 1938, 150 p. in 8°.
- WALINE J. : Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif. *Th.*, Paris 1962, multigraphiée.
- WEIL P. : Les conséquences de l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir. *Th.*, 1952.

III. — AUTRES OUVRAGES

- ARISTOTE : *Rhétorique*.
— : *Topiques*.
- BERNARD Cl. : *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*. Paris, 1865, Baillières.
- BLACKSTONE : *Commentaires sur lois anglaises*. Trad. Gomicourt. Bruxelles 1774, 6 vol.
- BODIN J. : *La République*. Ed. de 1577.
- BONNARD : *Le contrôle juridictionnel de l'administration*. Paris. Delagrave 1934, 266 p.
- BUBBIO N. : *L'analogia nelle logiqua del diritto*. Torino, 1938, Memorie dell'Istituto Giuridico Série II, Memoria XXXVI.
- CARBONNIER J. : *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris, 1969.
- CRUET J. : *La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris, 1908.
- DAGUESSEAU : *Œuvres*, 13 vol. in 4°. Paris 1759.
- DAVID R. : *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*. Paris, *Sirey*, 1948.
— : *Traité élémentaire de droit civil comparé*. *L.G.D.J.* 1950.
— : *Les grands systèmes de droit contemporains* (Paris Dalloz, 1965).

- DELVAUX : *La Cour de Justice de la C.E.C.A.* Paris 1956, Pichon et Durand-Auzias in 8°, 334 p.
- DEMOGUE R. : *Les notions fondamentales du droit privé.* Essai critique. Paris, Arthur Rousseau, 1911.
- DENNING A. : *The Changing Law* (London, Stevens and Son's 1953).
- DESCARTES : *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences.* Paris, 1637.
- DOMAT : *Les lois civiles dans leur ordre naturel.* Paris 1757.
- DOROLLE M. : *Le raisonnement par analogie.* Paris. P.U.F. 1949.
- DUEZ P. : *Les actes de Gouvernement,* 1935.
- DUGUIT : *Leçons de droit public général.* Paris. De Broccard, in 16°.
- DURAND P. : *Sur la légalité des arrêtés de taxes pris au profit des comités d'organisation.* 1949.
- FRÉDÉRIC (Code) : trad. par Formay. 3 vol. 1751.
- GÉNY Fr. : *Science et technique en droit privé positif.* Paris, Sirey, 1914, 1924. 4 vol. in 8°.
- : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif.* Préface Saleilles. 2° éd., L.G.D.J., 1919, 2 tomes.
- GORLA G. : *Il contratto.* Milan. A Giuffrè 1954. 2 vol. in 8°.
- : *Lo stile delle sentenze.* Raccolte di saggi sulla giurisprudenza. (Roma, Soc., ed. del Foro Italiano 1968).
- GURVITCH G. : *Traité de sociologie.* Paris, P.U.F., 1962/63, 2 vol.
- HAMSON : *Executive discretion and judicial control : an aspect of the French Conseil d'Etat* (Londres. Stevens and sons Ltd 1954).
- HAURIOU M. : *La gestion administrative.* Paris, 1899.
- HUC Th. : *Commentaire théorique et pratique du Code civil.* Paris 1892.
- JEHRING (R. von) : *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* 1884. Leipzig.
- : *L'esprit du droit romain.* trad. par O. de Meulenaere. Paris, 1889, 4 tomes.
- : *Zweck im Recht,* trad. de la 3° éd. allemande par O. de Meulenaere. Paris, A. Monerq, 1901, in 8°.
- KESSLER M. Ch. : *Le Conseil d'Etat,* C.F.N.S.P., n° 167 (Paris, Colin, 1968).
- LACHARRIÈRE (R. de) : *Cormenin, politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif.* Préface de Bonnard, Paris. L.G.D.J. 1941.
- LAMARQUE : *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs.* Préface J.-M. Auby et J. Brèthe de La Gressaye. 1960).
- LANDON (P.) : *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954* (Paris, L.G.D.J. Bibliothèque de droit public).
- LAUBADÈRE (A. de) : *Traité théorique et pratique des contrats administratifs.* L.G.D.J. 3 vol. 1956, mise à jour 1959.

- LEBOULANGER M. : *La pratique des jugements et arrêts*. Préface de Ch. Bornet (Paris. Librairies techniques, 1965).
- LEDRU-ROLLIN : *Journal du Palais*, 3^e éd. (Paris 1837/42).
- LÉVY-BRUHL H. : *Sociologie du droit*. P.U.F., 1961, Que sais-je ?
- LEYRET H. : *Les jugements du Président Magnaud réunis et commentés*, 2^e éd., Paris, Stock. 1900. 2 tomes.
- MICHELET : *Les origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel* (Paris, Hachette 1837, in 8°).
- MILL (J. Stuart) : *Système de logique déductive et inductive*, trad. sur la 6^e éd. anglaise par L. Peisse. Paris 1866, 2 vol.
- MIMIN P. : *Le style des jugements*, Paris, Librairies techniques, 1962.
- MOSNIER M.L. : *Les véritables alliances du droit français*. Tournon, 1618.
- PELLOUX R. : *Le citoyen devant l'Etat*. Paris, P.U.F., Que sais-je ? 1966.
- PERELMAN (Ch.) et OLBRECHTS-TYTÉCA : *Traité de l'argumentation*, 2^e éd. Ed. de l'Institut de sociologie, Bruxelles, 1970.
- RIVERO J. : « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français ». *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*. Ouvrage collectif (Bruxelles, Bruylant 1961, in 8°), p. 134.
- SAVATIER R. : *Du droit privé au droit public*, 2^e éd., Paris, 1950.
- TARDE G. : *Les transformations du droit*. Paris, 1893.
- THOMAS D'AQUIN : *Somme théologique*, trad. fr. par M.S. Gillet OP (Paris, Desclée et Cie, 1948).
- VAN HOUTE : *La Cour de Justice de la C.E.C.A.* La Haye, 1956.
- VAN REEPINGEN et ORIANE : *La procédure devant la Cour de Justice des Communautés européennes*. Paris, Dalloz, 1961, 183 p.
- WEIL P. : *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 665, mai 1963, n° 51, p. 29.

IV. — ARTICLES ET DISCOURS

- ANDRIEUX A. : Le rôle consultatif du Conseil d'Etat. *L.J.C.E.*, p. 397-398.
- APELT W. : L'acte de Gouvernement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne. *L.J.C.E.*, p. 634.
- APPLETON : Observations sur la méthode dans l'enseignement du droit en général, du droit romain en particulier. *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, 1^o T. XXI, p. 241.
- ARDENT G. : La codification permanente des lois, règlements et circulaires. *R.D.P.*, 1951, pp. 35 et s.
- ARRIGHI P. : Hauriou : un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat. *L.J.C.E.*, p. 343.

- AUBY J.-M. : Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958. *A.J.D.A.*, 1959, I, p. 106.
 — : *A.J.D.A.*, 1961, p. 1.
- BATAILLER : Le juge interne et le droit communautaire : *A.F.D.I.*, 1963, p. 735.
- BEER Cl. : L'insertion dans le procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles : *J.C.P.*, 1967, I, 2060.
- BENOIT F.P. : La réparation des accidents causés par la chute des arbres situés sur l'accotement des voies publiques. *R.P.D.A.*, 1956, Chr. p. 163.
 — : Juridiction judiciaire et juridiction administrative : *J.C.P.*, 1964, I, 1838.
- BERNARD A. : « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement durant la seconde moitié du XIX^e siècle » *L.J.C.E.*, p. 299.
- BERTHELEMY : « La méthode applicable à l'étude du droit administratif ». *Les méthodes juridiques*. Paris, Giard et Brière, in 8^o 1910, p. 69.
- BERTRAND L. : *E.D.C.E.* 1956, p. 145 et s.
- BIDOU : L'Administration applique-t-elle les décisions du juge administratif ? *Vie judiciaire*, 1963, n^o 902.
- BOCKEL A. : La voie de fait, mort et résurrection d'une notion discutée. *D.*, 1970, Chr. p. 29.
- BONNARD : *R.D.P.*, 1943, p. 235 et s.
- BONNEAU : La décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs. *D.*, 1955, Chr. p. 11.
- BORNET Ch. : « La logique judiciaire devant la Cour de Cassation ». *La logique judiciaire*, p. 86.
- BOUFFANDEAU : La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. *E.D.C.E.*, 1947, p. 23.
- BOULANGER J. : « Les principes généraux du droit et le droit positif ». *Etudes offertes à G. Ripert*. Paris, *L.G.D.J.*, 1950, p. 55.
 — : Rapport à la Semaine internationale du Droit, 1951.
- BOUTET, GAZIER, HEUMANN, LETOURNEUR et THÉRY : L'influence des idées du Doyen Duguit sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1959, n^{os} 3 et 4, pp. 181 et s.
- BOUTMY E. : *Revue internationale de l'Enseignement*, 1889, 1^o, T. XVII, p. 222.
- BRAIBANT G. : Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir. *E.D.C.E.*, 1961, p. 63.
 — : L'arrêt « Syndicat des ingénieurs-conseils » et la théorie des principes généraux du droit. *E.D.C.E.*, 1962, pp. 67 et s.
- BREDIN J.D. : « La logique judiciaire et l'avocat ». *La logique judiciaire*, p. 98.
- BRETHER DE LA GRESSAYE J. : Droit administratif et droit privé, in *Mélanges Ripert*, T. I, p. 304.

- CAHEN-SALVADOR G. : Un grand Commissaire du Gouvernement : Romieu ; *L.J.C.E.*, pp. 323 et s.
- CAHIER : Le recours en constatation de manquement des Etats membres devant la Cour des Communautés. *Cahiers de droit européen*, 1967, p. 123.
- CAPITANT : La double notion de travail public. *R.D.P.*, 1929, p. 507.
- CARBONNIER J. : Loi étrangère et jurisprudence étrangère : *Journal de droit international*, 1935, pp. 473 et s.
- : Chronique sur les notes d'arrêts. *D.* 1970, p. 137.
- : in *Mélanges Roubier*, T. I, pp. 109 et s.
- CASSIN R. : Discours devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, prononcé le 23 décembre 1944.
- : Le Conseil d'Etat gardien des principes de la Révolution française ; *Rev. internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1951, p. 57.
- : Les grands principes de l'organisation et du fonctionnement de la justice administrative en France, in *La Justice*, p. 294.
- CHAPUS R. : L'acte de Gouvernement, monstre ou victime : *D.*, 1958, Chr. p. 5.
- : De la soumission au droit des règlements autonomes : *D.*, 1960, Chr. pp. 119 et s.
- : De la valeur des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif : *D.*, 1966, Chr., pp. 99 et s.
- CHARLIER R. : Les fins du droit public moderne. *R.D.P.*, 1947, pp. 127 et s.
- : La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? *E.D.C.E.*, 1951, p. 47.
- CHAUMONT : Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel : *R.D.P.*, 1942, pp. 93 et s.
- CHENOT B. : L'existentialisme et le droit. *R.F.S.P.*, 1953, pp. 57 et s.
- : La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat : *E.D.C.E.*, 1950, p. 77.
- CHRÉTIEN M. : De l'illégalité du Code général des Impôts de 1950 devant les tribunaux judiciaires : *J.C.P.*, 1954, I, 1149, n° 20.
- COHEN A.G. : La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution : *R.D.P.*, 1963, pp. 745 et s.
- COLLIARD C.A. : L'obscure clarté de l'article 37 du 'Traité de la C.E.E. : *D.*, 1964, Chr. p. 37.
- : « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *L'évolution du droit public*. Paris, 1956, pp. 115 et s.
- COLSON : Le juge administratif et la preuve dans le contentieux de la légalité des décisions à caractère économique : *J.C.P.*, 1968, II, 15581.
- COPPER-ROYER J. : « La logique judiciaire et le pourvoi en cassation » *La logique judiciaire*, p. 86.

- CRISAFULLI V. : Le système du contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie. *R.D.P.*, 1968, pp. 83 et s.
- DELMAS-MARSALET J. : Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat. *E.D.C.E.*, 1969, p. 133.
- DELVOLLE J. : Une crise du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire : *E.D.C.E.*, 1950, pp. 21 à 34.
- DETTON H. : L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives. *D.*, 1951, Chr. p. 61.
- : L'évaluation des indemnités. *E.D.C.E.*, 1953, p. 52.
- DONNEDIEU DE VABRES J. : Statistiques du contentieux. *E.D.C.E.*, 1949.
- : La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives. *E.D.C.E.*, 1949, p. 32.
- DRAGO R. : L'affaire Canal et la réforme du Conseil d'Etat : *A.J.D.A.*, 1963, pp. 524 et s.
- : *E.D.C.E.*, 1967, pp. 145 et s.
- : *E.D.C.E.*, 1968, pp. 163 et s.
- DRAN M. : Le nouveau régime de la déchéance quadriennale. *Rev. de science financière*, 1969, p. 573 et s.
- DUEZ P. : Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Comment il convient de poser la question. *Mélanges Hauriou*, 1929, pp. 211 à 250.
- DUPEYROUX O. : La jurisprudence, source abusive de droit, in *Mélanges Maury*, p. 349.
- DURAND Ch. : La coopération entre le Gouvernement et le Conseil d'Etat sous le Consulat et le Premier Empire : *L.J.C.E.*, pp. 77 et s.
- EISENMANN Ch. : Droit public, Droit privé. *R.D.P.*, 1952, p. 903.
- : Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques. *J.C.P.*, 1949, I, 742 et 751.
- : Le droit administratif et le principe de légalité. *E.D.C.E.*, 1957, pp. 25 à 40.
- ESMEIN P. : La jurisprudence et la loi. *Rev. trim. dr. civ.*, 1952, p. 17.
- ETTORI : Les codifications administratives. *E.D.C.E.*, 1956, pp. 41 et s.
- FAVOREU L. : Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics : *R.D.P.*, 1967, pp. 5 et s.
- FLOUR J. : « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Etudes offertes à G. Ripert*, T. I, p. 105.
- FORIERS : « L'état des recherches de logique juridique en Belgique » *Ann. Fac. Droit de Toulouse*, 1967, (Fasc. 1), p. 109.
- FOURNIER J. : *E.D.C.E.*, 1956, p. 152.
- : Maurice Hauriou : arrétiste. *E.D.C.E.*, 1957, p. 156.
- FROMONT M. : Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative : *A.J.D.A.*, 1966, p. 588.

- : L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés. *Rev. trim., droit européen* 1966, p. 47.
- GABOLDE C. : L'autorité de la chose jugée par les tribunaux judiciaires devant les juridictions administratives. *D.*, 1953, Chr. p. 43.
- GARRON R. : Réflexions sur la primauté du droit communautaire. *Rev. trim. de droit européen*, 1969, p. 28.
- GAUDEMET Jean : L'interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3^e série, Tome XVII, Bruxelles 1970, pp. 235 à 249.
- GAZIER F. : Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des Commissaires du Gouvernement depuis 1900 : *L.J.C.E.*, pp. 303 et s.
- : Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence. *E.D.C.E.*, 1956, p. 157.
- GÉNY B. : « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif ». *L.J.C.E.*, pp. 227 et s.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE (P. DE) : Juridiction administrative et droit international : *E.D.C.E.*, 1962, p. 13.
- GORLA G. : I Precedenti storici d'ell'art. 12 Disposizioni preliminari del codice civile del 1942. Extrait de « *Il Foro Italiano* ». Vol. XCII, Fasc. 10 (Roma 1969).
- GROSHENS : La codification par décrets des lois et règlements : *D.*, 1958, Chr., p. 157.
- GROSLIÈRE J.C. : L'administration et les juges. *D.*, 1966, pp. 4 et s.
- GUILLIEN R. : Essai sur une réforme générale du contentieux administratif. *D.*, 1955, p. 97.
- HAURIOU A. : L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé. *Rec. Fr. Gény*, T. III, p. 92.
- : *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 23, 1933.
- : *D.*, 1946, Chr. p. 25.
- HÉBRAUD P. : « La logique judiciaire ». Rapport introductif au 5^e Colloque des Instituts d'Etudes judiciaires (mai 1967). Paris, 1969, P.U.F., p. 25.
- HEURTE A. : De quelques problèmes relatifs à l'expertise devant les tribunaux administratifs : *A.J.D.A.*, 1955, I, 37.
- HUSSON L. : « Le fait et le droit ». *Archives de philosophie du droit* 1964, p. 240.
- ISSAY : Die Methode des Interessenjurisprudenz. *Archiv. für die civilistische Praxis* CXXXVII. 1933, p. 33.
- JEANTET F. Ch. : Originalité de la procédure d'interprétation du Traité de Rome : *J.C.P.*, 1966, I, 1987.
- JEZE G. : *R.D.P.*, 1911, p. 291.
- : *R.D.P.*, 1916, p. 65.
- : *R.D.P.*, 1921, p. 377.
- : Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français. *L.J.C.E.*, p. 347.

- : L'influence de Léon Duguit. *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932.
- JOSSE P.L. : Le Conseil d'Etat devant les réalités économiques (ses méthodes de travail et son rôle) : *E.D.C.E.*, 1960, pp. 39 à 59.
- : « Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres ». *L.J.C.E.*, pp. 167 et s.
- JULIEN P. : Les bibliothèques du Conseil d'Etat depuis l'an VIII : *L.J.C.E.*, pp. 95 et s.
- JUVIGNY P. : « Un grand Commissaire du Gouvernement, Léon Blum » : *L.J.C.E.*, p. 337.
- KALINOWSKI G. : « Le syllogisme d'application du droit ». *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 273 et s.
- KORNPROBST B. : L'erreur manifeste. *D.*, 1965, Chr. p. 121.
- KOVAR : Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les Etats membres. *A.F.D.I.*, 1966, p. 509.
- LABY S. : L'inexécution par l'Administration des décisions du juge administratif. *Droit ouvrier*, 1963, p. 250.
- LANGAVANT E. : Le Tribunal des conflits et le conflit de jurisprudence : *A.J.D.A.*, 1956, I, p. 13.
- LANVERSIN (J. DE) : Voie de fait et réalités ; à propos de l'arrêt consorts Muselier : *J.C.P.*, 1970, I, 2337.
- LAPANOUSE (J. DE) : L'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation devant l'histoire : *L.J.C.E.*, pp. 351 à 365.
- LAPRADELLE (P. DE) : *E.D.C.E.*, 1962, pp. 13 et s.
- LARNAUDE : « Le droit public, sa conception, sa méthode ». Leçon faite au Collège des Sciences sociales, le 22 novembre 1909, in *Les Méthodes juridiques*. Paris, Giard et Brière in 8°, 1910, p. 21.
- LATOURNERIE R. : Sur un Lazare juridique : bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence. *E.D.C.E.*, 1960, pp. 61 et s.
- : « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat ». *L.J.C.E.*, pp. 177 à 275.
- LAUBADÈRE (A. DE) : Réflexions sur la crise du droit administratif français. *D.*, 1952, Chr. p. 7.
- : Contribution au Congrès Duguit. *Revue juridique et politique du Sud-Ouest*, 1959, p. 178.
- : « Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français » : *E.D.C.E.*, 1960, pp. 29 et s.
- LAVAU G. : Le juge et le pouvoir politique. « *La Justice* » (P.U.F., 1961, p. 65).
- LE CLÈRE : L'improbité du contentieux administratif : *Revue administrative*, 1958, p. 157 et s.
- LEGARET J. : L'affaire Jacomet. *Revue politique des idées et des institutions*, novembre 1960, p. 353.

- LE TARNEC A. : Faut-il supprimer les juridictions administratives ? *Vie judiciaire*, 1957, n° 557, p. 5.
- LETOURNEUR M. : Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. *E.D.C.E.* 1951, p. 19.
- : L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir : *E.D.C.E.* 1962, pp. 51 et s.
- : *E.D.C.E.* 1969, p. 12.
- L'HUILLIER : Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la C.E.C.A. *D.*, 1953, Chr. p. 63.
- LIET-VEAUX : La loi foncière : *J.C.P.*, 1954, I, 1190.
- LOMBARD P. : Discours sur le Code civil allemand, le 19 novembre 1896, Nancy 1897.
- LONG et BRAIBANT : Le Centre de coordination et de documentation du Conseil d'Etat. *E.D.C.E.*, 1955, p. 69 et s.
- LUCHAIRE F. : L'évolution du conflit positif d'attributions : *R.D.P.*, 1946, p. 369.
- MAJETTI R. : Le phénomène Magnaud. *Revue socialiste*, 1903, 1°, T. 37, p. 657.
- MARTIN R. : Le rôle consultatif du Conseil d'Etat en matière économique. *L.J.C.E.*, pp. 415 à 423.
- MAURY : « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit ». *Etudes offertes à G. Ripert*. Paris, *L.G.D.J.*, 1950, T. I, pp. 28 à 50.
- MAZEAUD L. et VEDEL G. : Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ? *Ch. Gén. Elec. et Gaz*, 1950, pp. 225 et s.
- MAZÈRES J.A. : La réforme du contentieux administratif du 30 juillet 1963 : simple retouche ou orientation nouvelle ? *J.C.P.*, 1964, I, 1817.
- MEME C. : L'intervention du juge administratif dans l'exécution de ses décisions. *E.D.C.E.*, 1968, p. 4.
- MESNARD A.H. : Dix années de jurisprudence du Conseil Constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires : *A.J.D.A.*, 1970, p. 271.
- MICHEL G. et CANET L. : Le Conseil d'Etat et la codification. *L.J.C.E.*, pp. 467 à 471.
- MICHOUD L. : Responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents. *R.D.P.*, 1895, 2°, T. IV, p. 273.
- MIGNON M. : L'unification des compétences en matière de dommages causés par les travaux publics : *D.*, 1950, Chr. n. XVI.
- : Une emprise nouvelle du principe de légalité. Les actes de Gouvernement. *D.*, 1951, Chr. p. 53.
- : L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de Gouvernement, progrès nécessaire du concept de légalité. *Rev. adm.*, 1951, n° 19, p. 30.
- MORANGE : *D.*, 1946, I, 159.
- : Le principe de l'égalité devant l'impôt. *D.*, 1951, Chr. p. 103.

- : *D.*, 1962, Chr. p. 163.
- MORILLOT A. : La collaboration de l'Ordre avec le Conseil d'Etat. *L.J.C.E.*, pp. 367 à 373.
- NÉRI : Le recours en annulation dans les Communautés européennes. *Rev. du Marché commun*, 1967, p. 452.
- NIZARD M.L. : A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner. *D.*, 1964, p. 147.
- ODENT R. : De la décision Tromprier-Gravier à la décision Garysas, Réflexions sur une évolution de jurisprudence. *E.D.C.E.*, 1962, pp. 43 et s.
- PATARIN : « Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence ». *Mélanges Voirin*, pp. 618 et s.
- PÉPY D. : Justice anglaise et justice administrative française : *E.D.C.E.*, 1956, pp. 159 à 175.
- PERCEROU J. : *Annales de droit commercial*, 1898.
- PINTO R. : La fin du gouvernement des juges. *R.D.P.*, 1950, n° IV.
- PUGET H. : Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat : *L.J.C.E.*, pp. 109 et s.
- : Le nouveau droit de l'urbanisme. *Rev. urbanisme*, avril-mai 1943.
- PUISOYE : Etat actuel de la jurisprudence de l'acte de Gouvernement. *J.C.P.*, 1965, I, 1939.
- QUERRIEN M. : « Du droit jurisprudentiel au droit décrit : la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique ». *L.J.C.E.*, p. 318.
- QUESTIAUX (Mme) : Récents développements de la notion de travail public en tant que critère de compétence du juge administratif. *E.D.C.E.*, 1962, pp. 73 et s.
- QUESTIAUX N. et THÉRY J. : A propos des taxes parafiscales et de l'organisation des marchés : un cas concret illustrant les problèmes posés par le contrôle de la légalité des actes d'intervention économique. *A.J.D.A.*, 1969, p. 465.
- RIVERO J. : Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ? : *D.*, 1947, Chr. XVIII.
- : La notion de laïcité : *D.P.*, 1949, Chr. p. 137.
- : Apologie pour les faiseurs de systèmes. *D.*, 1951, Chr. p. 99.
- : Le juge administratif français, un juge qui gouverne : *D.*, 1951, p. 21.
- : La réforme du contentieux administratif. *R.D.P.*, 1953, p. 942.
- : Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif. *E.D.C.E.*, 1955, pp. 27 à 36.
- : Hauriou et l'avènement de la notion de service public. *Mélanges Mestre* (Paris, Sirey, 1956), p. 469.
- : Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la C.E.C.A. : *A.F.D.I.*, 1958, p. 299.
- : Le Huron au Palais-Royal. *D.*, 1962, p. 37.

- : Le rôle du Conseil d'Etat dans la tradition française. *Le Monde*, 31 octobre 1962.
- ROGUIN E. : Observations sur la codification des lois civiles. *Rev. publiée par la Faculté de Droit de Lausanne à l'occasion de l'exposition nationale suisse*, 1896, pp. 73 et s.
- ROUBIER P. : « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit ». Etudes offertes à G. Ripert, T. I, p. 11.
- SALEILLES : in *Les méthodes juridiques*. (Paris, Giard et Brière in 8°, 1910), p. XVIII.
- SAUVEL T. : Les origines des Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux. *R.D.P.*, 1949, p. 5 et s.).
- : Essai sur la notion de précédent. *D.*, 1955, Chr. p. 19.
- : Histoire du jugement motivé. *R.D.P.*, 1955, p. 5 et s.
- SILVERA : Réflexions sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le domaine de la fonction publique. *A.J.D.A.*, 1959, I, p. 181.
- SINGER : La réforme de la voirie communale et ses conséquences pour les particuliers. *A.J.D.A.*, 1961, I, 69.
- SOUDET P. : « Une tentative plus que centenaire de systématisation des principes juridictionnels du Conseil d'Etat : Cormenin » : *L.J.C.E.*, pp. 295 à 297.
- SOULEAU Ph. : « La logique du juge ». *La logique judiciaire*, pp. 31 et s.
- SUFFERT G. : Le Petit-Clamart d'un grand corps. *France Observateur*, 25 octobre 1962.
- TOUFFAIT A. et MALLET L. : La mort des attendus. *D.*, 1968, pp. 123 et s.
- TUNC A. : La codification des textes législatifs et réglementaires. *Rev. administrative*, 1954, pp. 147 et s.
- VEDEL G. : De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein : *J.C.P.*, 1948, I, 682.
- : *E.D.C.E.*, 1954, p. 53.
- : « Remarques sur la notion de clause exorbitante ». *L'évolution du droit public*. Paris, 1956, pp. 527 et s.
- : L'Etat doit être jugé. *L'Express*, 30 mai 1963.
- VIRALLY M. : L'introuvable acte de Gouvernement. *R.D.P.*, 1952, p. 315.
- VIROLE : La responsabilité du propriétaire en cas de dommage causé à une ligne électrique par la chute d'un arbre. *Ch. jur. Elec.-Gaz*, 1954, I.
- VOULET J. : L'interprétation des arrêts de la Cour de Cassation : *J.C.P.*, 1970, I, 2305.
- WALINE M. : Le pouvoir normatif de la jurisprudence. *Etudes en l'honneur de G. Scelle*. T. II, pp. 612 et s.
- : Commentaire de la loi de 1937. *D.*, 1938, IV, p. 41.
- : *R.D.P.*, 1948, pp. 5 et s. et pp. 576 et s.

- : « L'action du Conseil d'Etat dans la vie publique française ». *L.J.C.E.*, p. 131.
 - : La résistance de l'Administration contre les décisions contentieuses du Conseil d'Etat : *R.D.P.*, 1951, p. 478.
 - : Le critère des actes juridictionnels : *R.D.P.*, 1953, p. 565.
 - : Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration : *E.D.C.E.*, 1956, p. 25.
 - : *R.D.P.*, 1956, p. 564.
 - : *R.D.P.*, 1958, p. 576.
 - : Compte rendu de l'étude de M. Latournerie. *R.D.P.*, 1961, pp. 708 et s.
 - : Le mauvais vouloir manifeste de l'Administration : *R.D.P.*, 1963, p. 279.
 - : Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il nier les catégories juridiques ? in *Mélanges Dabin*. Paris, Sirey, 1963, pp. 359 à 371.
 - : Fidélité à la théorie de la voie de fait : *R.D.P.*, 1970, p. 774.
- WEIL P. : Le Conseil d'Etat statuant au contentieux, politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique. *Annales de la Fac de droit d'Aix*, n° 51, 1959, p. 289.

TABLE DES DECISIONS

Cette table comprend les principaux arrêts cités et examinés dans la thèse. Leur date figure entre parenthèses. Le chiffre suivant renvoie aux pages de la thèse relatives à chaque décision.

Cette table est divisée en quatre rubriques :

- I. — Décisions des juridictions administratives et du Tribunal des Conflits : Tribunal Administratif (T.A.), Tribunal des Conflits (T.C.), Conseil d'Etat.
- II. — Décisions des juridictions judiciaires.
- III. — Décisions du Conseil Constitutionnel.
- IV. — Décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes.

I. — Décisions des juridictions administratives et du Tribunal des Conflits

Abbé Belloncle (1934)	240
» Bouchon (1911)	240
» Olivier (1909)	106, 197
Affortit et Vingtain (1954)	221, 235
D'Aillières et Robert (1947)	64, 142
Alaux c. Crédit Foncier de France (T.A. Bordeaux 1964)	99
Albertini (1938)	138
Alcindor (1906)	258
Alexis et Wolf (1947)	107
Alione Kane (T.C. 1958)	163
Allegretto (1967)	196, 198
Allemand (sieur) (1955)	94
Amicale des cadres supérieurs de la R.T.F. (1963)	235, 236
André et Syndicat national de l'Education physique de l'Enseignement public (1969)	88
Aramu et Tabti (1945)	62, 138
Arcival (consorts) c. S.A.F.A.L.T. (1969)	65

Association culturelle israélite de Valenciennes (1936)	205
Association interministérielle des secrétaires administratifs d'administration centrale (1969)	40, 60, 62, 139
Astruc (1952)	180
Aubry (dame veuve) (1947)	107
Auglans (1945)	45
Aurgan et Moulonguet Doleris (1968)	91
Avranches et Desmarets (T.C. 1951)	229
Babin (1906)	204
Barbaran (T.C. 1954)	191
Barel (1954)	106, 188, 196
Barinstein (T.C. 1947)	247, 251
Bellair (époux) (1958)	136, 197
Benoist (1951)	63
Bérenger (1951)	180
Bernard (1955)	94
Bernard (1970)	108
Bernard (veuve) et Gros (veuve) (1948)	182
Bertin (époux) (1956)	106, 126, 229
Bichambis (1906)	198
Bied-Charreton (1893)	154
Billard (1950)	39, 218
Bizet (1867)	127, 138, 197, 204, 236
Blanc, Arcaing, Bézié (1911)	159, 257
Blanco (T.C. 1873)	126, 139, 179, 183, 228
Blondet (1958)	222
Bobard (Delle) et autres (1936)	204, 232, 240
Boitard (1945)	111
Boitel de Diéval (1905)	260
Bondurand (1954)	107, 218
Bouguen (1943)	261
Boutant (dame) (1959)	136, 197
Boyer (Delle) c. Ministre des Finances (1971)	240
Brandt (1949)	92
Braye (1929)	137
Bréart de Boisanger (1961)	201
Bréart de Boisanger (1962)	201
Brisson (1954)	218
Brocas (1962)	191

Bruelle (consorts) (1938)	42
Brun (époux) (T.A. Paris 1967)	264
Bugnot (1950)	178, 231
Cachet (dame) (1922)	240, 258
Cadot (1889)	103, 149, 189
Caisse de compensation de l'Organisation autonome nationale de l'industrie et du commerce (1955)	91, 93
Caisse primaire d'Assurances sociales « La Famille-Capitalisation » (1945)	37
Caisse primaire de Sécurité sociale de Villefranche (1955)	179
Camino (1916)	199
Canal (1962)	190
Carlier (1949)	262
Carrey de Bellemare (1872)	190
Carrière (1880)	153
Carrière (1907)	138
Casanova, Canazzi et autres (1901)	155, 200, 265
Castellani (1938)	140
Caubert de Cléry et autres (1963)	197
Caussidery (1954)	201
Chamborédon (1883)	195
Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer (1904)	204
Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne (1939)	265
Chambre syndicale des marchands de reconnaissances du Mont-de-Piété (1923)	222
Chambre syndicale du commerce au détail de Nevers (1930)	141, 145, 200, 251, 265
Chazé et Bussière (1970)	109
Chemin de fer d'Orléans et du Midi (1912)	85
Chemin de fer du Midi c. Ministre des Travaux publics (1919)	201
Chevalier (1961)	17
Chevreuil (1968)	111
Chiro et autres (1968)	94
Clinique du Chablais (1964)	198
Clouzard (1896)	80
Coache (1938)	222
Colonie de la Nouvelle Calédonie (1932)	80
Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables (1950)	229

Comité national de la meunerie d'exportation et autres (1967)	170
Commune de Bozas (1970)	176
» » Bricy (1965)	236
» » Grigny (1957)	236
» » Labeuvrière (1969)	87, 88
» » La Chaux-de-Dombref (1929)	178
» » Merville-Franceville (1964)	200
» » Monségur (1921)	262
» » Saint-Priest-la-Plaine (1946)	106
» » Sausseuzemare-en-Caux (1969)	99
» » Vic-Fézensac (1931)	48
» » d'Orcières (1955)	250
» du Bugue (1960)	125
» mixte de Marmia (1955)	250
Compagnie de l'Eclairage électrique de Montluçon (1892)	255
Compagnie des cuivres de Falémégambie (1958) .	261
» générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux (1916)	225
Compagnie générale d'énergie radio-électrique (1966)	191
Compagnie générale des eaux (1933)	208
» générale des eaux (1947)	106
» générale des eaux (T.A. Rennes 1969)	79
» générale française des tramways (1910)	34, 208
» nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen (1902)	26, 208, 229, 238, 255
Compagnie du gaz d'Avignon (1898)	255
» du gaz de Saint-Etienne (1892)	255
Confédération générale des vignerons du Midi et Fédération nationale des producteurs de vin de consommation courante (1967)	175
Confédération générale du patronat de l'Algérie (1958)	137
Conseil national de l'ordre des pharmaciens (1969)	174, 176
Conseil central de l'ordre national des pharmaciens c. Ministère de la Santé publique et Docteur Grosdhomme (T.A. Versailles 1970)	17, 53, 62
Conseil national de l'ordre des médecins (1962) ..	173
Conseil régional de l'ordre des pharmaciens c. Ministre de la Santé publique (T.A. Marseille 1968)	196

Couespel du Mesnil (1936)	196
Couiteas (1923)	17, 227
Coursières-Berthelène (dame) (1967)	182
Courtois (1960)	250
Cousinard (veuve) (T.A. Lille 1958)	251
Cramencel (dame veuve) (1966)	191
Crédit Foncier de France (1970)	210, 247
Daraux (1908)	112
Darmon (1944)	205
Daudignac (1951)	105
Dautan (1970)	79, 88, 92, 173, 246
Deberles (1933)	69, 229
Deckmyn (1962)	112
Dehaene (1950)	69, 107, 139, 205
Delart (T.A. Lille 1966)	99
Delcasso (dame veuve) (1950)	182
Delmas (1942)	250
Delmas (1950)	246, 260
Delmotte (1915)	63
Delucenay (1834)	82
Demonchaux (1962)	112
Département de la Seine c. consorts Dantier et autres (1950)	42
Département de la Seine c. Delle Disset (1968) ..	94
» du Bas-Rhin (1961)	209
» du Nord c. Huyghe (1963)	207
Deplanque (1907)	229
Desdame (sieur) (1970)	191
Despeyries c. Département de l'Aveyron et commu- ne de Saint-Geniez-d'Olt (T.A. Toulouse 1969)	94
Despujols (T.A. Bordeaux 1966)	99
Dewavrin (1947)	247
Dijon (sieur) (T.A. Paris 1960)	99
Dol (dame) et Laurent (1919)	76, 240, 266
Doublet (1959)	239
Dubois (1948)	81
Dubourgnon et Ville de Pau (1968)	109
Duchatelet (1838)	222
Durand (1955)	91
Durand (dame veuve) (1956)	56
Effimieff (T.C. 1955)	262

Election de Nolay (1951)	193
Elections des Représentants du personnel à la Commission administrative paritaire des adjoints administratifs et autres de l'Administration cen- trale du Ministère de la Justice (1969)	110
Emery et autres (1971)	140, 181
Entreprise Bourdin et Chausse c. veuve Allemand (T.A. Clermont-Ferrand 1969)	56, 102
Entreprises Girault (1957)	178
Etablissements Jullien (1960)	46
Etablissements Vézia (1935)	230
Falco et Vidaillac (1953)	142
Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants (1960)	252
Fédération nationale de l'éclairage et des forces motrices (1950)	179
Fédération nationale des malades, infirmes et para- lysés (1961)	197
Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer (1966)	201
Ferrand (1943)	205
Feutry (1908)	204, 248
Fleury et Hauguel (1923)	222
Fnoss et Fradin (1960)	197
de Fonscolombe (T.C. 1908)	248
Forges (1936)	45
Fouquet (1818)	82
Fusy (dame) et autres (1970)	109
Gaillard (1970)	38, 236, 240
Gauthier (1936)	138
Gavillet (Delle) (T.C. 1950)	182
Géraud (sieur) (1962)	110
Gerbaud (1952)	246, 250
Giacometti (dame) (1933)	100
Gicquel (1950)	260
Ginière (1904)	226, 257
Godot (1950)	178
Gomel et Didier (1914)	199, 200
Goudchaux (dame veuve) et autres (1962)	81
Gourdin et Patfour (1902)	225
Gourillon (1961)	13, 17
Gout (Delle) (1969)	111
Grange (1959)	196
Griffet (1953)	250

Groffe (1927)	264
Grosson (1902)	180
Guignot (1919)	180
Guigon (T.C. 1966)	13
Guy d'Arnal (1962)	79
G.P. (1945)	136
Hamou ben Brahim (1955)	201
Hellenic transport (1923)	126
Héritiers de Buisseudes (1832)	80
Heyries (1918)	68, 266
Houdebert (1969)	79
Idoux (1969)	110
Institution Notre-Dame du Kreisker (1954)	247
Jacquier (1969)	87, 94, 99, 108
Joly (1855)	224
Joudrier (1944)	182
Juéry c. Maz (T.C. 1949)	178, 231
Karle (1960)	176
Kirkwood (dame) (1952)	154, 181, 192
Klein (dame) (1961)	154, 262
Labonne (1919)	68
Labrioux (consorts) (1922)	180
Lacombe (1961)	197
Lafage (1912)	128
Laffitte (1822)	191, 218
Landau (dame) (1960)	81
Languellier (1885)	203
« La Préservatrice » (1948)	178
Larigne (1935)	138
Laruelle et Delville (1951)	106, 107, 153, 217, 229, 252
Lasausse (1962)	112
Laurens (1928)	36
Laurent (1963)	191
Lauthier et autres (1959)	236
Le Cocq du Tertre (1911)	141
Lecomte (consorts) (1949)	107, 228
Leduc (1961)	43
Légrand (dame) (1949)	42
Léhéricy et Basset (1948)	65

Le Moul't et Syndicat « Union des navigateurs de ligne » (1962)	111
L'Etang (1969)	142, 222, 238
Léontieff (1956)	250
Lepreux (1899)	255, 233
Leroux de Bretagne (1896)	154
Lesbats (dame) (1962)	108
Leyras (1958)	235
Lhomme (1937)	182
Lombard (1956)	260
Lot (1903)	105, 232
Lutsky (dame veuve) (1955)	109
Maindron (sieur) (1968)	106
Maire de Nériss-les-Bains (1902)	228
Malézieux (1963)	91
Manufacture de velours et peluches (T.C. 1948) ..	198
Marc (1908)	196
Martin (1905)	33, 65, 103, 232, 233
Mast (1962)	111
Mélinette (dame) (T.C. 1933)	240
Michaux (1947)	140
Mimeur (Delle) (1949)	107
Ministre de la Construction c. Duffaut (1964) ..	196
» de la Construction c. Ville de Bordeaux (1966)	239, 253
Ministre de l'Agriculture c. Cayla (1960)	79
» de l'Agriculture c. dame Lamotte (1950)	64, 107, 142, 198, 238, 251
» de l'Economie et des Finances c. Barrault (1968)	108
Ministre de l'Education Nationale (1940)	43
» de l'Education Nationale c. Ecole privée de filles de Pradelles (1967)	102
Ministre de l'Intérieur c. Darcel (1963)	182
» de l'Intérieur c. époux Cohen (1968)	109
» des Affaires culturelles c. dame Benoist d'Anthenay (1970)	88
Ministre des Anciens Combatants c. Chanot (1962) ..	112
» des Armées c. Kankovsky (1965)	183
» des Finances c. sieur Guiard (1962)	109
» des Finances c. Soc. X... (1968)	91
» des Travaux publics c. consorts Letisse-rand (1961)	180, 218, 251

Ministre des Travaux publics c. delle Labat (1967)	102
» des Travaux publics c. Latux (1966)	102
Mogambury (1892)	154, 193
Moine (1919)	79
Moineau (1945)	107
Moraly (1968)	192
Moraly (1969)	192
Moritz (T.C. 1954)	161, 162, 182
Mougamadousadagnetoullah (1935)	125
Murard (Delle de) (T.C. 1942)	178, 231
Muselier (consorts) (1969)	13, 256
Musin (1945)	194
Naliato (T.C. 1955)	230
Nicol (1906)	138
Nouailher (Delle) (1902)	198
Olive (1921)	139, 162
Olivier et Zimmermann (1903)	180, 225
Ory (époux) (1968)	100
Pagès (1943)	162
Parein (époux) 1962)	108
Pasquelin (dame veuve) (1965)	97, 102, 178
Pecard (1901)	208
Pech (époux) (1969)	94, 99
Perrin (T.C. 1947)	262
Philip-Bingisser (1970)	26, 79
Philip-Bingisser (T.A. Marseille 1968)	26
Poisson (1893)	154
Polin (dame) (1958)	44
Pontremoli et Patouillard Demoriane (1941)	60, 68, 138
Pourcelet (1952)	222
Poursines (1924)	153, 217, 252
Préfet des Bouches-du-Rhône (T.C. 1942)	264
» du Nord c. Cour d'appel de Douai (dame veuve Mandron c. Etat français) (T.C. 1968)	105
Préfet du Puy-de-Dôme (T.C. 1958)	126
» du Val-d'Oise et Ministre de l'Intérieur c. commune de Montmagny (1970)	265
Prince Napoléon (1875)	191, 230, 232, 235
Princeteau (1956)	81
Puymury (1874)	224
Rabourdin (1884)	196

Radiodiffusion française c. Sté Radio-Andorre (T.C. 1950)	191
Ranchon (1967)	264
Reignier (1962)	111
Regnault-Desroziers (1919)	229
Requin (1908)	46, 250
Ribeyrolles (1930)	222
Rioux (1960)	196
Rodière (1925)	69
Rosan Girard (1957)	198
Rothschild (1855)	126
Rouzier (T.C. 1911)	248
Rubin de Servens (1962)	74, 191
Rucheton (Delle) (1928)	179, 240
Saïd Ali Tourqui et autres (1970)	79
Sautel (1928)	79
Savelli (1954)	250
Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c. Piéton-Guibour (1956)	107
Secrétaire d'Etat au Commerce intérieur c. Hurni (1963)	192
Section de la Corrèze du Syndicat national de l'Apprentissage (1959)	139, 162
Septfonds (T.C. 1923)	251
Sèvre (1947)	180
Sigalas (époux de) (1928)	149, 262
Société agricole et forestière de l'Eure (1969) ..	109
» Amann-Firmery (1934)	232
» de livraisons industrielles et commerciales (1964)	205
Société des Etablissements Petitjean et autres autres (1967)	167, 170
Société des produits laitiers « La Fleurette » (1938)	
» anonyme X... (1969)	112
» Barbotteau et Cie (1962)	109
» commerciale de l'Ouest africain (T.C. 1921)	229
» coopérative agricole de stockage (T.C. 1960)	261
» coopérative ouvrière « Les Terrassiers-Paveurs versaillais » (1967)	100
Société coopérative « Prospérité fermière » (1963)	160
Société d'aménagement foncier et d'établissement rural (S.A.F.E.R.) de Bourgogne c. époux Soyer (1969)	65

Société d'Assurances « Le Sou médical » et consorts Jorcin (1970)	109
Société civile immobilière (S.C.I.) L'Aiglon c. ville de Nice (T.A. Nice 1968)	17, 36
Société civile immobilière (S.C.I.) « La Méditerranée » (1967)	102
Société civile immobilière (S.C.I.) « Les Pervenches » (1968)	109
Société civile immobilière (S.C.I.) « Les trois roses » et « Les quatre roses » (1970)	87
Société de l'Autoroute Esterel-Côte d'Azur (1961)	43
» d'équitation de la plaine de Valenton et société immobilière de Valenton (1968)	106
Société des Automobiles Berliet (1949)	85
» des ciments Portland de Lorraine (1937)	178
» des combustibles et des carburants nationaux (1952)	262
Société des Concerts du Conservatoire (1951)	36, 107
» des granits porphyroïdes des Vosges (1912)	126
» des Pétroles Shell-Berre et autres (1964)	169
» des produits céramiques de Boulogne-sur-Mer (1899)	225
Société Dieppedalle-Leprevest (1967)	47
» distillerie Brabant et Cie (1969)	210, 247
» du journal L'Aurore (1948)	37, 112
» du lotissement de la plage de Pampelone (1968)	102
Société Eky (1960)	161, 233, 237, 263
» Frampar et Société France Editions et Publications (1960)	106, 199, 229, 238
Société générale d'armements (1921)	126
» « Hôtel du Vieux Beffroi » (T.C. 1949) ..	106
» « La Cartonnerie Saint-Charles » (1938) ..	111
» « La Fleurette » (1938)	240
» L'Alcool de Coubert (1938)	157, 222, 232, 36
» « Le Béton » (1956)	107, 125
» Leinekugel-le-Coq (1951)	45
» L'Energie industrielle (1954)	250
» « Les films Lutetia » et autres (1959)	229
» Maison Genestal (1968)	210, 247
» Maison René Guérin (1949)	181

» Manufacture des machines du Haut-Rhin (1962)	260
S.N.C.F. (1961)	167
S.N.C.F. c. Marlin (1952)	44
Société Nobel-Bozel (1970)	109, 110
» Premier et Henry (1921)	222
» « Témoignages chrétiens » (1966)	13
» Thorrand et Cie (1958)	17
» X... (1950)	91
» X... (1968)	91
Sommelet c. commune de Rolampont (1893)	208
Sorgniard (1953)	250
Stern (1957)	80
Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit (1969)	143
Syndicat de défense des canaux de la Durance et sieur Blanc (1969)	88
Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie (1959)	265
Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie (1958)	252
Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey Tivoli (1906)	157, 232
Syndicat du commerce des vins de liqueurs (1935)	137, 194
» général des fabricants de semoules de France (1968)	167
Syndicat national des importateurs français en produits laitiers et avicoles (1967)	97, 167, 169
Syndicat général des ingénieurs-conseils (1959)	190, 239, 252
» national du commerce extérieur des céréales (Synacomex) et autres (1970)	171, 220
Syndicat national indépendant des cadres, ingénieur et agents de maîtrise d'Air France (1965)	160
Talleyrand-Périgord (sieur de) (1969)	169, 171, 220
Teissier (1953)	107
Terrier (1903)	156, 235, 264
Théodebert Agésilas (dame veuve) (1954)	178, 231
Thérond (1910)	229
Thibault (sieur) (1952)	12, 141
Tixier (1951)	64
Tomaso Greco (1905)	63, 103, 222, 225, 226, 231, 232, 233, 236, 240, 257
Toutin et autres (1968)	139

Trepont (1922)	199, 238
Trompier-Gravier (dame veuve) (1944)	106, 215, 219, 222, 237, 239, 240
Truc (1918)	92
Union régional d'Algérie de la C.F.T.C. (1962)	193
Valentin (1880)	190
Vannier (1961)	23, 209, 218, 220, 235
Varnier (dame) (1969)	198
Vecchini (1934)	178
Verdier (1897)	63
Viette (1930)	208
Vignet (1885)	179
Villa (1956)	193
Ville de Bagneux (1966)	102
» de Cannes (1968)	100
» d'Elbeuf (1949)	136
» de Lillebonne (1950)	43
» de Montluçon (1891)	208
» de Nanterre (1964)	265
» de Nice (1956)	176
» de Paris c. Michon (1905)	224
» de Paris et département de la Seine (1950) ..	94
» de Perpignan (1969)	46
» de Saint-Etienne (1891)	208
» de Sceaux (1968)	111
Wang yu Kong (1944)	192
Wattebled (sieur) (1967)	94, 107
Weltzer (1949)	42, 246
Werquin (1961)	263
Winkell (1909)	205
Wreczycky (1938)	250
Zenard (1933)	200

II. — Décisions des juridictions judiciaires

Cass. 24 juin 1839	192
Cass. 13 février 1938	179
Cass. civ. 25 juillet 1938	36
Cass. civ. 6 juillet 1938	160

Cass. civ. 22 novembre 1943	182
Cass. req. 10 janvier 1944	182
Cass. req. 30 mai 1944	182
Cass. crim. 3 novembre 1944 (Georges Suarez)	181
Cass. 27 avril 1950	192
Cass. crim. 5 mars 1953	179
Cass. crim. 15 juin 1954	179
Cass. civ. 31 octobre 1956	125
Cass. civ. 2 ^e , 29 juin 1966	56
Cass. civ. 20 mai 1969	101
C.A. Chambéry 28 octobre 1964 (Y... c. C.P.S.S. de la Savoie)	69
C.A. Nancy 19 mai 1949	182
C.A. Paris 21 mai 1965	192
Trib. civ. Seine 8 novembre 1938	136, 181
Trib. gr. inst. Riom 2 octobre 1963	192
Trib. gr. inst. Seine 19 février 1964	192
Trib. gr. inst. Strasbourg 3 juin 1965	168

III. — Décisions du Conseil Constitutionnel

27 novembre 1959	176
27 février 1967	174, 175
26 juin 1969	37, 175, 176

IV. — Décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes

1963 (Van Gend en Loos)	168
1963 (Sté Da Costa et autres)	167, 168
1964 (aff. 101/63)	166
1964 (Costa-Enel)	170
1964 (Dingemans)	168
1964 (Rotterdam)	168
1965 (Albatros y Sopeco)	169

TABLE DES CONCLUSIONS ET DES NOTES

Cette table comprend les principales conclusions et notes auxquelles ce travail se réfère.

Celles-ci sont répertoriées par le nom de leur signataire, suivi du nom de l'arrêt et de la date de celui-ci.

Cette table est divisée en deux rubriques :

- I. — Conclusions des Commissaires du Gouvernement.
- II. — Notes.

I. — Conclusions des Commissaires du Gouvernement

ANDRIEUX, Delle Rucheton (1928).

AUCOC, Bizet (1867).

BAUDOUIN, Conseil national de l'Ordre des Pharmaciens (1969).

BERNARD, Brocas (1962).

—, Cie gén. d'énergie radio-électrique (1966).

BERNARD Michel, Syndicat national des importateurs français en produits laitiers (1967).

BERTRAND, Sté Dieppedalle-Leprevest (1967).

—, Sté Maison Genestal (1968).

BLUM, Cie gén. des tramways (1910).

—, Abbé Bouchon (1911).

—, Sté des Granits porphyroïdes des Vosges (1912).

BRAIBANT, Polin (1958).

—, Fnoss et Fradin (1960).

—, Leduc (1961).

—, Conseil national de l'Ordre des Médecins (1962).

—, Sté Coop. « Prospérité fermière » (1963).

—, Min. des armées c. Kankovsky (1965).

—, Ville de Bagneux (1966).

—, Comité de la Meunerie d'exportation (1967).

—, Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit (1969).

CAHEN-SALVADOR, Rodière (1925).

CHARDEAU, Affortit et Vingtain (1954).

—, Naliato (1955).

—, Secr. d'Etat à la Reconstruction c. Piéton-Guibour (1956).

—, Grande (1959).

—, Rioux (1960).

CHARDENET, Abbé Olivier (1909).

—, Cie gén. d'éclairage de Bordeaux (1916).

CHENOT, Dame veuve Trompier-Gravier (1944).

—, Gicquel (1950).

COMBARNOUS, S.N.C.F. (1961).

CORNEILLE, Delmotte (1915).

—, Commune de Monségur (1921).

DAVID, Blanco (1873).

—, Prince Napoléon (1875).

DAYRAS, Sté « La Cartonnerie Saint-Charles » (1938).

DELVOLVÉ, Sté « Hôtel du Vieux Beffroi » (1949).

—, Delmas (1950).

—, Min. Agriculture c. dame Lamotte (1950).

—, Pourcelet (1952).

DETTON, Zénard (1933).

DONNEDIEU DE VABRES, Tessier (1953).

DUPUICH, Delle Gavillet (1950).

DUTHEILLET DE LAMOTHE, Lacombe (1961).

FOUGERE, Bondurand (1954).

FOURNIER, Synd. gén. des Ingénieurs-Conseils (1959).

—, Karle (1960).

GALABERT, Synd. nat. des cadres d'Air-France (1965).

—, Allegretto (1967).

GALMOT, Commune de Bricy (1965).

—, Féd. nat. des Syndicats de police (1966).

—, Min. de la Construction c. Ville de Bordeaux (1966).

—, Confédération gén. des vignerons du Midi (1967).

GAZIER, Dehaene (1950).

—, Daudignac (1951).

GOMEL, Carrière (1880).

—, Languellier (1885).

GREVISE, Synd. des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie (1958).

GUIONIN, Thibault (1952).

HENRY, Commune du Bugue (1960).

—, Dame Klein (1961).

—, Rubin de Servens (1962).

HEUMANN, Sté Frampar et autres (1960).

JAGERSCHMIDT, Cadot (1889).

—, Leroux de Bretagne (1896).

JOSSE, Chambre synd. du commerce au détail de Nevers (1930).

KAHN, Commune de Grigny (1957).

—, Sté Eky (1960).

—, Vannier (1961).

—, Talleyrand-Périgord (1969).

LAGRANGE, Bouguen (1943).

LANDRON, Dame veuve Durand (1956).

LATOURNERIE, Etablissement Vezia (1935).

—, Delle Bobard (1936).

—, Sté L'alcool de Coubert (1938).

LAURENT, Hamou Ben Brahim (1955).

—, Commune d'Orcières (1955).

LETOURNEUR, Sté du Journal L'Aurore (1948).

—, Billard (1950).

—, Sté des Concerts du Conservatoire (1951).

—, Dame Kirkwood (1952).

—, Barel (1954).

—, Moritz (1954).

LEVAVASSEUR DE PRÉCOURT, Chamborédon (1883).

LONG, Epoux Bertin (1956).

—, Sté « Le Béton » (1956).

—, Sté Thorrand et autres (1958).

MATTER, Sté commerciale de l'Ouest africain (1921).

MAYRAS, Synd. des exploitants de cinématographes de l'Oranie (1959).

ODENT, Aramu et Tabti (1945).

—, Comité de défense des libertés des experts-comptables (1950).

—, Radio française c. Sté Radio-Andorre (1950).

ORDONNEAU, Sté Manufacture des machines du Haut-Rhin (1962).

PARODI, Deberles (1933).

PICHAT, Thérond (1910).

—, Lafage (1912).

QUESTIAUX (Mme), Sté des pétroles Shell-Berre (1964).

—, Dame veuve Caramencel (1966).

—, S.A. des Etablissements Petitjean (1967).

—, Synd. gén. des fabricants de semoules (1968).

—, Sociétés distillerie Brabant et Cie (1969).

- RENAUDIN, Pontremoli et autres (1941).
RIBOULET, Chemin de fer d'Orléans (1912).
RIGAUD, Min. de la Construction c. Duffaut (1964).
RIVET, Olive (1921).
—, Sté gén. d'armements (1921).
—, Trépont (1922).
—, Couiteas (1923).
—, Laurens (1928).
ROMIEU, Mogambury (1892).
—, Verdier (1897).
—, Cie Nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen (1902).
—, Terrier (1903).
—, Chambre synd. des fabricants de matériel de chemins de fer (1904).
—, Martin (1905).
—, Tomaso Greco (1905).
—, Babin (1906).
—, Deplanque (1907).
ROUCHON-MAZERAT, Dame Mélinette (1933).
ROUGEVIN-BAVILLE, Sté agricole de l'Eure (1969).
—, Gaillard (1970).
—, S.C.I. « Les trois roses » et autres (1970).
ROUJOU, S.A. des produits laitiers « La Fleurette » (1938).
TARDIEU, Winkell (1909).
TEISSIER, Marc (1908).
THEIS, Michaux (1947).
TRICOT, Institution Notre-Dame du Kreisker (1954).
VUGHT, Sté du lotissement de la plage de Pampelone (1968).
—, Emery et autres (1971).

II. — Notes

- AUBY, Avranches et Desmarets (1951).
BERTRAND, Consorts Muselier (1969).
BLAEVOET, Dame Mélinette (1933).
—, Commune de Saint-Priest-la-Plaine (1946).
—, Effmieff (1955).
—, Préfet du Puy-de-Dôme (1958).
COLLIARD, Moineau (1945).
COPPER-ROYER, Savelli (1954).
DEBBASCH, S.A. de livraisons industrielles et commerciales (1964).
DRAGO, Synd. gén. des ingénieurs-conseils (1959).

EISENMANN, Alexis et Wolf (1947).

—, Laruelle et Delville (1951).

—, Naliato (1955).

FLEURET et Y. GAUDEMET, S.A.F.E.R. de Bourgogne c. époux Soyer (1969).

FLORY, Hamou Ben Brahim (1955).

FRÉJAVILLE, Veuve Bernard et Gros (1948).

FROMONT, Sté Maison Genestal (1968).

—, Sté Distillerie Brabant (1969).

HAURIU (M.), Cadot (1889).

—, Ville de Montluçon (1891).

—, Ville de Saint-Etienne (1891).

—, Sommelet (1893).

—, Bied-Charreton (1893).

—, Poisson (1893).

—, Lepreux (1899).

—, Pécard (1901).

—, Casanova et autres (1901).

—, Maire de Nérès-les-Bains (1902).

—, Cie Nouvelle Gaz de Deville-lès-Rouen (1902).

—, Terrier (1903).

—, Lot (1903).

—, Olivier et Zimmermann (1903).

—, Tomaso Greco (1905)

—, Martin (1905).

—, Synd. des propriétaires du Quartier de Seguey-Tivoli (1906).

—, Daraux (1908).

—, Feutry (1908).

—, Requin (1908).

—, de Fonscolombe (1908).

—, Winkell (1909).

—, Théron (1910).

—, Cie général des tramways (1910).

—, Rouzier (1911).

—, Blang, Argaing et Bezie (1911).

—, Lafage (1912).

—, Gomel et Didier (1914).

—, Delmotte (1915).

—, Cie d'éclairage de Bordeaux (1916).

—, Heyriès (1918).

—, Régnault-Desrozières (1919).

—, Chemin de fer du Midi (1919).

- , Dames Dol et Laurent (1919).
- , Sté Premier et Henry (1921).
- , Commune de Monségur (1921).
- , Dame Cachet (1922).
- , Couiteas (1923).
- , Septfonds (1923).
- , Poursines (1924).
- , Rodière (1925).
- , Groffe (1927).
- , Delle Rucheton (1928).
- , Epoux de Sigalas (1928).

J.C. Daudignac (1951).

JEZE, Abbé Olivier (1909).

- , Couiteas (1923).
- , S.A. « La Fleurette » (1938).
- , Veuve Trompier-Gravier (1944).
- , Veuve Aubry (1947).
- , Cie Générale des Eaux (1947).

LACHAUME, Philip-Bingisser (1970).

LAROQUE, S.A. des produits laitiers « La Fleurette » (1938).

DE LAUBADÈRE, Epoux Bertin (1956).

- , Lauthier et autres (1959).
 - , Sté des pétroles Shell-Berre (1964).
 - , Philip Bingisser (1968).
- L'HUILLIER, Sté Eky (1960).

MATHIOT, Sté « Hôtel du Vieux Beffroi » (1949).

- , Laruelle et Delville (1951).

MESTRE, Zénard (1933).

- , Ville d'Elbeuf (1949).

MOREAU, Sté coop. « Les terrassiers paveurs versaillais » (1967).

- , Ville de Cannes (1968).

P. de F.R., Lhomme (1937).

P.J., Commune de Vic-Fezensac (1931).

P.L.J., Perrin (1947).

RIVERO, Sté des Concerts du Conservatoire (1951).

ROBERT, Sté Frampar et autres (1960).

ROLAND, Y... c. C.P.S.S. Savoie (1964).

ROUSSEAU, Cass. crim. (Georges Suarez) (1944).

SAVATIER, Cass. civ. (1966).

SILVERA, Moraly (1968).

VEDEL, Carlier (1949).

—, Delle Gavillet (1950).

—, Tixier (1951).

—, Moritz (1954).

—, Sté Eky (1960).

VOISSET, C. Consti. (1969).

WALINE (M.), Laurens (1928).

—, Cass. civ. (1938).

—, Joudrier (1944).

—, Barinstein (1947).

—, Sté du journal « L'Aurore » (1948).

—, Consorts Lecomte (1949).

—, Delle Mimeur (1949).

—, Radiodiffusion française c. Sté Radio-Andorre (1950).

—, Dehaene (1950).

—, Comité de défense des experts-comptables (1950).

—, Min. de l'Agriculture c. dame Lamotte (1950).

—, Laruelle et Delville (1951).

—, Gerbaud (1952).

—, Barel (1954).

—, Epoux Bertin (1956).

—, Commune de Grigny (1957).

—, Blondet (1958).

—, Dame Klein (1961).

WEIL, Sté des automobiles Berliet (1949).

—, Sté « Les films Lutétia » et autres (1959).

—, Werquin (1961).

INDEX DES NOMS PROPRES CITES

- Agid, 180.
 Alexander (W.), 169.
 Alibert, 150, 265.
 Andrieux (A.), 195, 240.
 Apelt (W.), 191.
 Appleton, 69.
 Ardent (G.), 131.
 Aristote, 28, 32, 52, 92, 124, 268.
 Arrighi (P.), 76, 149, 227.
 Auby (J.-M.), 18, 34, 42, 48, 112,
 160, 163, 164, 168, 178, 181, 194,
 195, 196, 201, 207, 229, 241, 246,
 247, 250, 260.
 Auccoc, 127, 138, 153, 204, 236.

 Ballot-Beaupré, 135, 243.
 Bardonnnet (D.), 164.
 Bartolo, 84.
 Batailler (Fr.), 167, 173, 194.
 Baudouin, 174, 175, 176.
 Beer (Cl.), 166, 169.
 Benoît (F.-P.), 46, 178, 183, 189,
 196, 198.
 Bernard (A.), 52, 62, 63, 76, 179,
 216, 222, 224, 245.
 Bernard (Cl.), 23, 28, 32, 220.
 Bernard (M.), 167, 169, 191.
 Berthélémy, 52, 129.
 Bertrand (E.), 57.
 Bertrand (F.-G.), 13.
 Bertrand (L.), 47, 148, 210, 247.
 Bidou, 197, 198.
 Blackstone, 21.
 Blaevoët, 106, 126, 240, 262.
 Blanche, 154.
 Bloch, 38.
 Blum (L.), 34, 126, 150, 208, 237,
 240.
 Bockel (A.), 13, 256.
 Bodin (J.), 142.
 Boitreaud, 172.
 Bolona Kelly, 168, 169.
 Bonnard, 17, 31, 36, 39, 149, 197.
 Bonneau, 134.
 Bornet (Ch.), 58, 78, 84.
 Bouffandeau, 205.

 Boulanger (J.), 14, 35, 36, 133, 158,
 257.
 Boutet, 157.
 Boutmy (E.), 35, 129.
 Braibant (G.), 10, 34, 43, 44, 68,
 102, 103, 112, 143, 149, 160, 170,
 173, 183, 189, 190, 191, 197,
 200, 239, 252, 266.
 Brédin (J.-D.), 57.
 Brêthe de la Gressaye (J.), 163.
 Bubbio (N.), 61.

 Cahen-Salvador (G.), 69, 234, 237.
 Cahier, 166.
 Canet (L.), 129, 131.
 Capitant, 38.
 Carbonnier (J.), 55, 58, 59, 152,
 214.
 Carré de Malberg, 17.
 Cassin (R.), 9, 36, 127, 135, 204,
 246.
 Castagne (J.), 177.
 Cathala (T.), 177, 178.
 Chapus (R.), 33, 34, 162, 174, 177,
 179, 180, 181, 191, 245, 248, 249,
 252, 253.
 Chardeau, 107, 196, 221, 230, 235.
 Chardenet, 106, 196, 197, 225.
 Charlier (R.), 39, 177, 203.
 Châteaubriand, 186.
 Chaumont, 17.
 Chénot (B.), 96, 106, 123, 172, 239,
 260.
 Chevallier, 167.
 Chrétien (M.), 122, 137, 225.
 Clavière-Scièle (J.), 173.
 Cohen (A.-G.), 173.
 Cohendy (G.), 152.
 Colliard (C.-A.), 33, 107, 169.
 Colson (J.-P.), 210.
 Combarous, 167.
 Connois (R.), 38.
 Copper-Royer (J.), 58, 250.
 Cormanin (L.-M.), 27, 28, 36, 77,
 124, 125, 194, 197, 217, 224.
 Corneille, 115.

- Corneille, 63, 262.
 Cornu (G.), 179.
 Crisafulli, 168.
 Cruet (J.), 35, 121.
- Dabin (J.), 39.
 Daguesseau, 19.
 Dalloz, 84.
 David, 126, 139, 150, 191, 228, 230, 232, 235.
 David (R.), 36, 82, 83, 122, 132.
 Dayras, 111.
 Debbasch (Ch.), 177, 205.
 Debeyre, 177.
 Délépine, 172.
 Délévalle, 251.
 Delmas-Marsalet (J.), 209, 210, 221, 247.
 Delpech, 149.
 Delvaux, 165.
 Delvolvé (J.), 42, 64, 106, 107, 142, 178, 198, 222, 238, 246, 251, 260.
 Delvolvé (P.), 36, 205.
 Démogue (J.), 38.
 Démolombe, 84.
 Denning (A.), 135.
 Denoix de Saint-Marc, 79, 151, 176, 183.
 Descartes, 11.
 Deschamps, 172.
 Detton (H.), 180, 182, 200.
 Domat, 123, 256.
 Donnedieu de Vabres (J.), 107, 204, 241.
 Dorolle (M.), 61.
 Drago (R.), 3, 18, 34, 38, 42, 48, 72, 112, 133, 134, 136, 160, 163, 168, 178, 181, 182, 190, 195, 196, 197, 198, 201, 207, 239, 241, 246, 247, 250, 252, 260.
 Dran (M.), 249.
 Ducrocq, 48, 153.
 Duez, 138, 177, 191.
 Dufour, 46.
 Duguit (L.), 17, 90, 150, 157, 225.
 Dupeyroux (O.), 121, 122.
 Duport, 90.
 Dupuich, 182.
 Durand (C.), 164, 177, 189.
 Dutheillet de Lamothe, 197.
- Eisenmann (Ch.), 107, 135, 153, 162, 163, 179, 230.
 Esmein (P.), 122.
 Ettori, 131.
- Favoreu (L.), 26, 142, 172, 173, 190, 191, 193, 226, 247.
 Fleuriet (M.), 65.
 Flory (M.), 201.
 Flour (J.), 42, 134.
 Font-Reaulx (P.), 150.
 Foriers, 55.
 Fougère, 218.
- Fournier (J.), 34, 48, 103, 149, 150, 159, 176, 227, 230, 252, 257.
 Fourré, 200.
 Foyer, 207.
 Fréjaville, 182.
 Fromont (M.), 166, 209, 210.
- Gabolde (C.), 178.
 Galabert, 43, 160, 196, 198.
 Galmont, 175, 201, 236, 239, 253.
 Garat L'Ainé, 90.
 Garron (R.), 166.
 Gaudemet (J.), 139.
 Gaudemet (Y.), 65.
 Gazier (F.), 68, 69, 105, 107, 139, 157, 205, 206, 234, 235, 266.
 Gentot, 43.
 Gény (Fr.), 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 42, 43, 45, 52, 53, 61, 63, 64, 65, 67, 121, 122, 124, 129, 135, 140, 162, 185.
 Gény (B.), 12, 31, 131, 134, 193, 200.
 Gjidara (M.), 96, 177, 180, 183, 189, 193.
 Goblot, 35.
 Gomel, 150, 153, 203.
 Gorla (G.), 84.
 Grévisse, 252.
 Groshens, 131.
 Groslière (J.-C.), 197.
 Groux (J.), 172.
 Guillien (R.), 178.
 Guionin, 12, 141.
 Gurvitch (G.), 57.
- Hamson, 195, 199.
 Hauriou (A.), 149, 162, 198.
 Hauriou (M.), 17, 26, 31, 46, 63, 65, 68, 69, 76, 103, 105, 112, 124, 128, 138, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 164, 180, 188, 189, 191, 199, 200, 201, 204, 205, 208, 209, 217, 222, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 238, 240, 248, 250, 251, 252, 255, 257, 258, 262, 264, 265, 266.
 Hébraud (P.), 22, 43, 54, 55, 58, 68, 90.
 Heideger, 67.
 Henry, 74, 125, 154, 194, 262.
 Heumann, 106, 157, 199, 238.
 Heurte (A.), 207.
 Huc (Th.), 45.
 Hufteau (Y.-L.), 14, 17, 90, 133, 136, 142.
 Husson, 57.
- Issay, 22.
- Jacomet, 190.
 Jagerschmidt, 103, 154.
 Jeanneau (M.), 34, 35, 253, 263.
 Jeantet (Ch.), 166, 168.
 Jehring (R. von), 67.

- Jèze (G.), 17, 76, 106, 107, 129, 149, 150, 152, 154, 160, 163, 179, 183, 225, 232.
- Josse (P.-L.), 64, 141, 142, 145, 207, 262, 265.
- Julien (P.), 103.
- Juvigny (P.), 34, 237.
- Kahn, 23, 161, 169, 171, 200, 209, 218, 220, 221, 235, 236, 237.
- Kalinowski (G.), 55.
- Kessler (M.-Ch.), 10, 156, 189, 190, 200, 201, 246.
- Kornprobst (B.), 261.
- Kovar, 166.
- Laband, 90.
- Labbé, 152.
- Labétoulle, 79, 151, 176, 183.
- Laby (S.), 198.
- de Lacharrière (R.), 36, 197.
- Lachaume (F.), 26.
- Ladret (A.), 177, 183.
- Laferrière, 29, 51, 80, 124, 148, 150, 154, 156, 258.
- La Fontaine, 102.
- Lagrange, 166, 168, 261.
- Lamarque, 163.
- de Lamôthe-Dreuzy, 172.
- Landon (P.), 232.
- Landron, 56.
- Langavant (E.), 164, 177.
- de Lanversin, 13, 256.
- Lapanouse (J. de), 164.
- de La Pradelle (P. de G.), 167, 192, 193.
- Larnaude, 28, 35, 63, 185.
- Laroque, 159, 222.
- Latournerie (R.), 9, 10, 21, 22, 25, 27, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 45, 47, 53, 56, 62, 63, 65, 66, 69, 71, 76, 80, 81, 83, 96, 101, 104, 107, 123, 131, 132, 137, 138, 142, 151, 153, 156, 158, 160, 163, 165, 179, 185, 187, 189, 190, 201, 202, 204, 206, 221, 222, 224, 230, 232, 240, 258, 259, 260, 261, 262.
- de Laubadère (A.), 26, 36, 44, 46, 125, 126, 128, 141, 157, 169, 199, 236, 255, 262.
- Laurent, 201, 250.
- Lavau (G.), 189.
- Leboulanger (M.), 78, 79, 81, 84.
- Lebrun, 121.
- Le Clère, 96, 196.
- Lecourt (R.), 167.
- Ledru-Rollin, 67, 186, 266.
- Lefas (A.), 197.
- Legaret (J.), 190.
- Léonard (R.), 162.
- Lesage, 136, 137, 194, 197.
- Le Tarnec (A.), 178.
- Letourneur (M.), 34, 36, 37, 39, 106, 107, 141, 154, 157, 161, 181, 192, 196, 198, 199, 201, 218, 221, 240, 253, 266.
- Levavasseur de Précourt, 150, 179, 195, 196.
- Lévy-Bruhl (H.), 12, 186.
- Leyret (H.), 20, 21.
- L'Huillier, 161, 166, 208, 233, 238, 263.
- Liet-Veaux, 128.
- Lombard (P.), 29, 186.
- Long (M.), 10, 17, 68, 103, 106, 107, 125, 137, 149, 176, 189, 191, 200, 229, 247, 266.
- Loschak (D.), 36, 40, 140, 187, 188, 190, 192, 194, 202, 204, 205, 206.
- Luce, 251.
- Luchaire (Fr.), 164.
- Luchet (J.), 179.
- Maeterlinck, 115.
- Magnaud, 19, 20, 21.
- Majetti (R.), 19.
- Mallet (L.), 85, 87.
- Martin (R.), 206, 207.
- Mathiot, 106, 153, 229, 252.
- Matter, 229.
- Mauray (J.), 22, 59, 90, 121, 122.
- Mayras, 265.
- Mazeaud (L.), 80.
- Mazères (J.-A.), 133.
- Même (C.), 198.
- Mesnard (A.-H.), 176.
- Mestre (A.), 136, 149, 156, 200, 210, 261.
- Michel (G.), 129, 131.
- Michelet, 132.
- Michoud (L.), 124.
- Mignon, 131, 137, 190.
- Mill (J. Stuart), 28, 53.
- Mimin (M.), 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88.
- Molière, 132.
- Morange, 34, 36, 44, 218.
- Moreau (J.), 100.
- Morillot (A.), 164.
- Mosnier (M.-L.), 19.
- Motulski (M.), 56.
- Négrin, 190, 197.
- Néri, 166.
- Nizard (M.-L.), 188.
- Noël (L.), 38, 172.
- Odent (R.), 12, 13, 18, 29, 44, 62, 66, 72, 73, 74, 79, 80, 85, 97, 129, 137, 138, 151, 152, 159, 179, 191, 215, 219, 229, 237, 239.
- Olbrechts-Tyteca (L.), 37, 45, 60, 61.
- Ordonneau, 260.
- Oriane, 165.
- Pactet (P.), 207.
- Parodi, 69, 229.
- Pascal, 9.

- Patarin, 59.
 Paul, 29.
 Pelloux (R.), 182.
 Pépy (D.), 129, 167, 187, 188, 265.
 Percerou (J.), 135.
 Pérelman, 37, 45, 60, 61.
 Perrot (R.), 41, 66.
 Pichat, 128, 151, 159, 229.
 Pinto (R.), 134.
 Pisier-Kouchner, 157.
 Pompidou, 172.
 Portalis, 26, 243.
 Pothier, 84.
 Poussière, 261.
 Proust (M.), 254.
 Puget (H.), 128, 133, 189, 196, 203.
 Puisoye, 191.
 Puybasset, 200.

 Querrien (M.), 62, 83, 134, 226, 247, 263.
 Questiaux (N.), 38, 167, 169, 170, 191, 209, 210, 247.

 Ravanel (J.), 194.
 Renaudin, 60, 68, 138.
 Riboulet, 85.
 Rigaut, 196.
 Ripert (G.), 12, 22, 35, 42, 59, 90, 121, 163.
 Rivéro (J.), 12, 34, 36, 38, 57, 76, 83, 92, 96, 98, 107, 123, 135, 142, 147, 148, 149, 155, 156, 157, 159, 163, 178, 187, 188, 198, 202, 204, 226, 230, 231, 234, 235, 248, 253, 259.
 Rivet, 17, 36, 126, 139, 162, 199, 227, 238.
 Robert (J.), 182, 229.
 Robespierre, 59.
 Roguin (E.), 129.
 Roland (H.), 69.
 Romieu, 26, 33, 63, 65, 103, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 159, 193, 204, 208, 219, 225, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 264, 265.
 Roubier (P.), 12, 35, 55, 202.
 Rouchon-Mazerat, 199, 240.
 Rougevin-Baville, 38, 87, 109, 236, 240.
 Roujou, 222, 232.
 Rousseau, 181.

 Saleilles (R.), 124, 129, 135, 185.
 Sandevor (P.), 112.

 Sauvel (T.), 73, 79, 82, 234.
 Savatier (R.), 31, 56, 163.
 Scellé (G.), 122, 222.
 Schwartzenberg (R.-G.), 3, 138, 140, 162.
 Segogne (B. de), 180.
 Sfez (L.), 149, 150, 151, 156, 157, 158, 159.
 Sieyes, 90.
 Silvéra, 134, 192.
 Singer, 125.
 Soubeyrol, 194.
 Soudet (P.), 28, 217, 224.
 Souleau (Ph.), 54, 55, 56, 60, 68.
 de Soto, 239.
 Suffert (G.), 190.

 Talleyrand, 84.
 Tarde (G.), 29.
 Teissier, 150, 155, 196.
 Theis, 140.
 Théry (J.), 127, 157, 209.
 Thomas-d'Aquin, 74.
 Touffait (A.), 85, 87.
 Tricot, 247.
 Trotabas, 198.
 Tunc (A.), 131.

 Van Houte, 165.
 Van Reepingen, 165.
 Vedel (G.), 3, 37, 48, 64, 80, 85, 125, 133, 153, 154, 155, 161, 162, 164, 182, 189, 190, 199, 200, 210, 246, 251, 252, 255, 261, 262, 263, 265.
 Virally, 191.
 Virole (J.), 46.
 Vivien, 196.
 Voirin, 59.
 Voisset, 37, 176.
 Voisyn de Gartempe, 90.
 Voulet (J.), 76, 104.
 Voltaire, 102.
 Vught, 102, 140, 181.

 Waline (J.), 162.
 Waline (M.), 12, 13, 17, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 39, 43, 45, 46, 64, 69, 106, 107, 122, 127, 139, 142, 148, 151, 152, 153, 154, 160, 181, 182, 188, 191, 198, 205, 217, 221, 222, 228, 229, 236, 238, 246, 247, 250, 251, 256, 258, 261, 262.
 Weil (P.), 10, 68, 85, 103, 149, 187, 189, 191, 197, 200, 229, 250, 263, 266.

INDEX GENERAL DES MOTS CLES

- Accords d'Evian, 192.
 Actes de Gouvernement, 33, 44, 190
et s., 217, 218, 230, 232, 235, 247.
 Actes détachables, 33, 34, 37, 65,
 232, 233, 250.
 Analogie, 60, 61 *et s.*, 64, 67, 68.
 Analyse, 65 *et s.*
 Arrêt de principe, 97, 226 *et s.*,
 256, 257.
 Autorité de la chose jugée, 12, 78,
 79, 97, 174, 175, 178, 197, 198,
 230, 231.
 Avocat aux Conseils, 164.
- Catégories, 31, 39 *et s.*
 Circonstances exceptionnelles, 200,
 266.
 Circulaires administratives, 197,
 247.
 Clauses exorbitantes, 48, 210, 261,
 262.
 Codification administrative, 30, 129
et s., 133, 134.
 Collaborateur bénévole, 236, 240.
 Commissaire du Gouvernement, 73,
 74, 98, 150, 151, 234 *et s.*
 Commune, 141, 154, 200, 228, 255,
 265.
 Communication du dossier, 59, 61,
 62, 127, 138.
- Compétence :
 (—) des agents administratifs,
 239, 240.
 (—) des juridictions administra-
 tives, 131, 168, 229, 235, 246,
 247, 248, 264, 265.
- Concession de service public, 65,
 157, 208, 229, 255.
- Conclusions des parties, 17, 78, 79.
 Conseil Constitutionnel, 10, 11, 163,
 164, 165, 172 *et s.*, 184, 226.
- Conseil d'Etat :
 (—) Fonction administrative,
 133, 134, 189, 195, 206, 207.
 (—) Juge d'appel, 94, 102, 103,
 136.
 (—) Juge de Cassation, 40, 64,
 142.
 (—) Section du Contentieux, 72
et s., 246 *et s.*
 Constitution, 145.
 (—) « de 1946 », 121, 138.
 (—) « de 1958 », 121, 130, 174,
 177.
- Constructions, 31 *et s.*
 Continuité du service public, 195.
 Cour de Cassation, 51, 56, 76, 104,
 164, 165, 166, 179, 181, 182, 192.
 Cour de Justice des Communautés
 Européennes, 163, 164, 165 *et s.*,
 184.
 Coutume, 143.
- Déchéance quadriennale, 42, 249,
 250.
 Décision préalable, 37, 45, 134, 140,
 141, 176, 189, 255.
 Décret-loi, 137, 193, 194.
 Délais, 46, 47.
 Délibéré, 58, 71, 74, 215.
 Dispositif, 78, 84 *et s.*, 97, 98, 101,
 103, 232, 233.
 Doctrine, 144, 145, 146, 147 *et s.*,
 184, 210, 223, 252, 260.
 Domaine public, 36, 48, 125, 126,
 141, 263, 264.
 Droit de grève, 69, 138, 139, 205,
 206.
 Droit privé, 12, 126, 152, 162 *et s.*,
 163, 235, 261, 262.
 Droits acquis, 91, 258.
 Droits de la défense, 29 *et s.*, 62,
 138, 142, 222, 239, 266.
- Egalité, 62, 204, 205, 253.
 (—) devant les charges publi-
 ques, 36, 224.
 (—) devant les services publics,
 36.
 (—) devant l'impôt, 32, 36, 224.

- Enrichissement sans cause, 239, 253.
- Enthymème :
 (—) de construction, 92, 93.
 (—) de raisonnement, 59.
- Équité, 19 *et s.*, 238, 257.
- Erreur manifeste, 100, 261.
- Établissement public, 27, 38, 39, 252, 264.
- Exégèse, 52 *et s.*, 60.
- Expropriation, 128, 160.
- Fictions, 42 *et s.*, 45, 47.
- Fiscalité, 91, 128, 130.
- Fonctionnaires de fait, 33, 34, 43, 69.
- Fonction publique, 29, 40, 69, 91, 112, 127, 128, 134, 139, 249, 252.
 (—) agents contractuels, 235.
- Formalisme, 22, 41, 42, 78 *et s.*, 96.
- Formalités substantielles, 38, 39, 260, 261.
- Imprévision, 27, 224, 225.
- Instruction, 72 *et s.*, 107, 108.
- Légalité, 110, 238, 266.
 (—) Principe de la (—), 135, 199.
- Liberté du commerce et de l'industrie, 265.
- Mandat, 44.
- Moyen d'office, 17.
- Non-rétroactivité des actes administratifs, 37.
- Notions, 31, 32, 33, 37 *et s.*, 40.
- Ordres professionnels, 252.
- Police :
 (—) Police administrative, 68, 105, 228.
 (—) Responsabilité des personnels de (—), 225, 226, 228, 229, 232, 233, 236.
- Présomptions, 43, 45 *et s.*
- Principes, 31, 34 *et s.*, 40.
- Principes généraux du droit, 34 *et s.*, 62, 128, 140, 141, 142, 176, 188, 205, 206, 238, 239, 249, 252 *et s.*, 263.
- Procédure :
 (—) Caractère inquisitorial, 196.
 (—) Règles de (—), 17, 34, 42, 45, 86, 94, 105, 137, 150, 154, 237, 249.
- Qualification juridique, 25 *et s.*, 98, 99 *et s.*, 105, 106, 199, 261.
- Question préjudicielle, 125, 166, 168, 169, 178, 192, 193, 220.
- Raisonnement *a contrario*, 60, 61, 63 *et s.*, 67, 68.
- Raisonnement par l'absurde, 60.
- Recours contentieux, 64, 92, 109, 110, 111, 160, 161.
- Recours pour excès de pouvoir, 40, 42, 80, 97, 110, 128, 138, 159, 160, 198, 199, 218, 232, 236, 238, 239, 247, 258.
 (—) recevabilité, 42, 142, 154, 193, 194, 246, 247, 250, 260.
- Responsabilité, 13, 44, 48, 91, 99, 126, 127, 160.
 (—) des agents publics, 153, 154, 179, 180, 181, 182, 217, 252.
 (—) des architectes et entrepreneurs, 45.
 (—) des personnes publiques, 45, 46, 58, 94, 248, 252, 255.
 (—) des services de police, 225, 226, 228, 229, 232, 233, 236, 257.
 (—) du fait de la non-exécution des décisions de justice, 36.
 (—) du fait des actes de gouvernement, 191.
 (—) du fait des lois, 36, 43, 44, 157, 222, 232.
 (—) évaluation du préjudice, 99, 108, 182, 183.
 (—) préjudice moral, 180, 218.
 (—) sans faute, 17, 126, 160, 218.
- Retrait des actes administratifs, 102, 258.
- Séparation des autorités administratives et judiciaires, 121, 123, 189, 247.
- Services publics, 32, 38, 39, 156, 157, 229, 235, 236, 261, 264, 265.
 (—) Industriels et commerciaux, 126, 200, 265.
- Standards jurisprudentiels, 47 *et s.*, 260.
- Syllogisme, 54, 60, 61, 65, 67, 68, 93.
 (—) Raisonnement syllogistique, 54 *et s.*, 95.
 (—) Syllogisme de construction, 89 *et s.*, 92, 93, 95.
- Techniques, 41 *et s.*
- Théories, 31, 32 *et s.*, 36, 37, 38, 40.
- Théorie du ministre-juge, 34, 103, 189.
- Travaux publics, 38, 39, 46, 48, 58, 91, 100, 101, 125, 131, 132, 138, 207, 208, 247, 252, 262, 263, 264.
- Tribunal des conflits, 10, 163, 164, 166, 182, 248.
- Tribunaux administratifs, 101, 102, 148, 246.
- Validations législatives, 197.
- Visas, 72, 78 *et s.*, 91, 103, 231, 232.
- Voie de fait, 13, 255, 262, 263.

TABLE ANALYTIQUE

PREFACE	I et s.
Liste des principales abréviations utilisées	7

INTRODUCTION GENERALE

Objet de l'étude. — Définition des termes du sujet. — Rapports avec des questions voisines, et limites de ces rapports. — Contenu de l'étude et justification du plan. — Formulation du plan.

PARTIE I.

LES METHODES JURIDICTIONNELLES DU JUGE ADMINISTRATIF

Objet de la partie. — Le cadre de l'étude. — Plan de la partie

TITRE I

LES METHODES DU JUGE DANS LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION (Examen de l'affaire)	19
---	----

L'équité à cet égard et ses rapports avec une méthode juridictionnelle. — L'équité n'est pas une méthode juridictionnelle autonome. — L'équité peut compléter les méthodes juridictionnelles. — Plan du titre.

CHAPITRE I

LA REFERENCE A UN SYSTEME DE CONCEPTS	25
---	----

L'existence d'un tel système. — Rapports avec l'opération de qualification juridique. — Plan du Chapitre.

SECTION I. — <i>L'origine des constructions et des techniques utilisées par le juge administratif</i>	27
---	----

C'est le juge qui crée ces concepts. — La méthode utilisée par le juge à cet égard. — Le raisonnement suivi dans le cadre de cette méthode. — Exemple d'utilisation de cette méthode. — Utilité de ce travail du juge. — Dangers de cette méthode : éviter un excès d'abstraction. — Conclusion de la Section.

SECTION II. — <i>Les constructions utilisées par le juge administratif</i>	31
Les imprécisions du vocabulaire.	
§ 1 ^{er} . — <i>Les théories</i>	32
Recherche d'une définition. — Exemples pratiques.	
§ 2. — <i>Les principes</i>	34
Recherche d'une définition. — L'imprécision des principes. — Exemples positifs.	
§ 3. — <i>Les notions</i>	37
Recherche d'une définition. — Exemples positifs.	
§ 4. — <i>Les catégories</i>	39
Recherche d'une définition et exemples. — Conclusion de la Section.	
SECTION III. — <i>Les techniques juridictionnelles</i>	41
Objet de la section. — Recensement partiel des techniques.	
§ 1 ^{er} . — <i>Le formalisme</i>	42
Utilisation par le juge.	
§ 2. — <i>La fiction</i>	42
Rapports entre fiction et présomption. — Le mécanisme de la fiction et son emploi par le juge.	
§ 3. — <i>La présomption</i>	45
Origines et caractères. — Emploi par le juge.	
§ 4. — <i>Les standards jurisprudentiels</i>	47
La technique des standards. — Emploi par le juge. — Conclusion du Chapitre.	

CHAPITRE II

L'UTILISATION DE MODES DE RAISONNEMENTS	51
Difficultés de la recherche sur ce point. — Instruments de la recherche sur ce point. — Objet de l'étude. — Le raisonnement du juge est-il particulier lorsqu'il a à appliquer une loi ? Le raisonnement exégétique. — Plan du Chapitre.	

SECTION I. — <i>Le raisonnement syllogistique</i>	54
La difficulté : la construction du syllogisme.	
§ 1 ^{er} . — <i>La construction du syllogisme de raisonnement</i>	55
La recherche de la majeure. — La recherche de la mineure.	
§ 2. — <i>L'utilisation de syllogismes complexes</i>	57
Les polysyllogismes. — Les limites du syllogisme. — Le raisonnement par enthymème. — Conclusion de la section.	
SECTION II. — <i>Les autres raisonnements logiques</i>	60
Quels sont-ils ? — Rapports qu'ils entretiennent avec le syllogisme.	
§ 1 ^{er} . — <i>Le raisonnement par analogie</i>	61
Définition. — Utilisation par le juge.	
§ 2. — <i>Le raisonnement « a contrario »</i>	63
Définition. — Utilisation par le juge. — Le choix entre l'analogie et le raisonnement « a contrario ».	
§ 3. — <i>L'analyse</i>	65
SECTION III. — <i>Les raisonnements finalistes</i>	66
De quoi s'agit-il ?	
§ 1 ^{er} . — <i>La place du raisonnement finaliste</i>	67
Importance de son rôle. — Combinaison avec les autres modes de raisonnement utilisés par le juge.	
§ 2. — <i>L'utilisation du raisonnement finaliste</i>	68
Exemples positifs de l'utilisation du raisonnement finaliste. — Conclusion du titre.	

TITRE II

LES METHODES DU JUGE DANS LA CONSTRUCTION DE LA DECISION JURIDICTIONNELLE	71
---	----

Moment où elle intervient : l'intime conviction du juge. — Organisation du travail juridictionnel. — Fonctions de la décision de justice. — Plan du titre.

CHAPITRE I

LA STRUCTURE DE LA DECISION JURIDICTIONNELLE	76
Le laconisme des décisions du juge administratif. — Plan du chapitre.	
SECTION I. — <i>Les divisions matérielles des décisions</i>	78
Une structure formaliste.	
§ 1 ^{er} . — <i>Les visas</i>	78
Les visas des conclusions des parties. — Les visas des textes.	
§ 2. — <i>La motivation</i>	81
L'obligation de motiver. — Origine historique de la motivation et justification actuelle. — Contenu restrictif de la motivation.	
§ 3. — <i>Le dispositif</i>	84
Le dispositif. — Conclusion de la section.	
SECTION II. — <i>La structure syntaxique des décisions du juge administratif</i>	85
Plan de la section.	
§ 1 ^{er} . — <i>La méthode de la phrase unique</i>	85
La méthode en général. — La méthode du juge administratif à cet égard.	
§ 2. — <i>Les ruptures dans la phrase unique</i>	87
Exemples et signification.	
SECTION III. — <i>La structure logique des décisions du juge administratif</i>	89
Présentation de la question et plan.	
§ 1 ^{er} . — <i>La construction syllogistique de la décision</i>	89
Raisonnement syllogistique et syllogisme de construction. — Analyse du syllogisme de construction. — Emploi qui en est fait par le juge administratif. — La construction de la décision par enthymème.	
§ 2. — <i>La construction narrative de la décision</i>	93
De quoi s'agit-il ? — Exemples positifs. — Conclusion du chapitre.	

CHAPITRE II

LE CONTENU DES DECISIONS DU JUGE ADMINISTRATIF 97

La définition de la portée de la décision : méthode utilisée à cet égard. — Précisions à ce sujet. — Plan du chapitre.

SECTION I. — *Les caractères de la motivation* 98

Objet de la section et plan.

§ 1^{er}. — *La place des faits et le contenu de la motivation* 98

La place accordée aux faits. — Unité ou pluralité de la motivation.

§ 2. — *La qualification juridique ou le réemploi d'une formule connue* 99

La qualification juridique des faits ; sa signification. — Le réemploi d'une formule jurisprudentielle connue ; sa signification.

§ 3. — *Le rôle du silence* 102

Le silence de la décision et sa signification. — Conclusion de la section.

SECTION II. — *L'utilisation d'expressions stéréotypées* 104

Objet de la section.

§ 1^{er}. — *La locution « au sens de... »* 104

Emploi et signification.

§ 2. — *La référence aux « circonstances », à « l'instruction » ou au « dossier »* 106

Utilisation et signification. — Les « circonstances de l'espèce ». — Les « résultats de l'instruction ». — « L'état de l'instruction ne permet pas... ».

§ 3. — *La locution « en tout état de cause »* 108

Emploi et signification.

§ 4. — *Les locutions qui se réfèrent aux moyens invoqués* 109

Le non-examen d'un motif invoqué par l'une des parties. — L'invocation d'un moyen d'office. — La référence au « moyen invoqué ».

§ 5. — *Le renvoi devant l'administration active* 111

Locutions utilisées à cet égard.
Conclusion de la section.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 115

PARTIE II.

LES METHODES JURISPRUDENTIELLES DU JUGE ADMINISTRATIF

Objet et plan de la partie.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LA PLACE DU DROIT JURISPRUDENTIEL DANS LE DROIT POSITIF (JUGE ADMINISTRATIF ET DROIT ECRIT) 121

La question qui se pose. — Recherche d'une réponse dans les textes. — Recherche d'une réponse sur le terrain des constatations positives. — Plan du chapitre.

§ 1^{er}. — *Les faiblesses de la législation écrite en droit administratif* 124

Origine. — La faiblesse quantitative du droit écrit. — La faiblesse qualitative du droit écrit. — Un remède limité : la codification administrative. — Conclusion sur ce point.

§ 2. — *L'indépendance du juge administratif vis-à-vis du droit écrit* 132

Objet du paragraphe. — Les raisons de cette attitude d'indépendance. — La part du juge dans l'élaboration du droit écrit. — La conception moderne de la jurisprudence. — Les diverses attitudes du juge vis-à-vis du droit écrit. Annonce du sujet. — Le respect littéral du droit écrit. — L'interprétation libre du droit écrit. — L'indépendance vis-à-vis du droit écrit. — Conclusion du Chapitre : droit écrit et jurisprudence. — Signification exacte des autres « sources du droit administratif », et rappel du plan de la Partie.

TITRE I

L'ORIGINE DU DROIT JURISPRUDENTIEL 145

Objet du titre : les sources matérielles du droit administratif. — Recensement de ces sources. — Plan du Titre.

CHAPITRE I

LE JUGE ADMINISTRATIF ET LES DONNEES ELABOREES 147

Plan du chapitre.

SECTION I. — *Le juge administratif et la doctrine* 147

Objet de l'étude et plan de la section.

§ 1^{er}. — *Essai de définition de la doctrine* 147

Les deux approches possibles de la question. — Définition organique : les « professeurs ». — Définition organique (suite) : certains juges. — Définition matérielle : les deux types d'activité doctrinale.

§ 2. — *Mesure de l'audience de la doctrine auprès du juge administratif* 153

Plan du paragraphe.

A. — L'AUDIENCE DE LA DOCTRINE 153

Rôle immédiat et rôle indirect de la doctrine. — Exemples d'emprunts directs du juge à la doctrine. — Le rôle de la systématisation doctrinale. — Le rôle des « grandes synthèses » de la doctrine. — Conclusion sur ce point.

B. — LES LIMITES DE L'AUDIENCE DE LA DOCTRINE 158

Existe-t-il une réserve de principe du juge vis-à-vis de la doctrine ? — Exemples de méconnaissance de solutions doctrinales. — Les limites de la collaboration de la doctrine et de la jurisprudence. — Conclusion de la Section.

SECTION II. — *Le juge administratif et la jurisprudence d'autres tribunaux* 162

Rapports de cette question avec celle de l'application du droit privé par le juge administratif. — Quelles sont les juridictions envisagées ici ? — Plan de la section. — Difficultés et limites de l'étude.

§ 1^{er}. — *L'influence de la Cour de justice des Communautés européennes sur la jurisprudence administrative* 165

La Cour de Justice et ses rapports avec le juge interne. — Le mécanisme de l'article 177 du Traité C.E.E. — L'article 177 du Traité C.E.E. et l'influence de la Cour de Justice sur la jurisprudence administrative. — L'interprétation de l'article 177 du Traité C.E.E. par le Conseil d'Etat. — La non-application primitive de l'article 177. — L'utilisation par le Conseil d'Etat de l'article 177 du Traité C.E.E. — Conclusion sur ce point.

§ 2. — *L'influence du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence administrative* 172

Les données de l'étude. — L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel. — Mesure de l'influence des décisions du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence administrative. — Eléments de conclusion sur ce point.

§ 3. — *L'influence du juge judiciaire sur la jurisprudence administrative* 177

Les limites de l'examen. — Exemples positifs d'influence. — Exemples des limites de cette influence. — L'influence de la jurisprudence judiciaire a-t-elle varié dans le temps ? — Conclusion du Chapitre.

CHAPITRE II

LE JUGE ADMINISTRATIF ET LES DONNEES BRUTES 185

L'attention du juge administratif vis-à-vis des données brutes. — Recherches d'une classification des données brutes. — Plan du chapitre.

SECTION I. — *Le juge administratif et les impératifs de la puissance publique* 187

Les données brutes tirées des impératifs de la puissance publique. — Plan de la Section.

§ 1^{er}. — *Le juge administratif et la liberté d'action du pouvoir politique* 188

Position du juge vis-à-vis du pouvoir politique. — La discrétion du juge vis-à-vis du pouvoir politique : les actes de Gouvernement. — Le respect du juge vis-à-vis du pouvoir politique : le recours au Ministre des Affaires étrangères. — Le juge auxiliaire du pouvoir politique. — Conclusion sur ce point.

§ 2. — *Le juge administratif et la vie administrative*.... 195

Le juge est associé à la vie administrative. — La bonne connaissance qu'a le juge de la vie administrative. — Exemples sur ce point. — Les rapports de l'administration active et du juge. — La liberté de l'action administrative respectée par le juge. — Exemples sur ce point. — Eléments de conclusion sur ce point.

SECTION II. — *Le juge administratif et les exigences de l'évolution sociale* 202

Plan de la section.

§ 1^{er}. — *Le juge administratif et les données éthiques* .. 202

Données éthiques et mouvements d'opinion. — Exemples d'influence de ces données. — Mode d'expression de ces données par le juge. — Conclusion sur ce point.

§ 2. — <i>Le juge administratif et les données techniques et économiques</i>	206
Connaissance qu'a le juge de ce type de données. — Exemples de l'influence de ces données. — Limites de cette influence. — Conclusion sur ce point. — Conclusion générale du Titre premier.	

TITRE II

LES METHODES D'EXPRESSION DU DROIT JURISPRUDENTIEL	213
Objet du présent titre. — Remarque liminaire. — La règle jurisprudentielle. — Plan du Titre.	

CHAPITRE I

LES METHODES DU JUGE ET L'APPARITION DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE	215
Objet du Chapitre. — Plan du Chapitre.	

SECTION I. — <i>Les méthodes du juge dans l'élaboration d'une règle jurisprudentielle</i>	216
Objet de la Section. — Schéma proposé sur ce point et plan de la Section.	

§ 1 ^{er} . — <i>La prise de conscience de la règle par le juge</i> ..	217
La double découverte du juge. — Exemples sur ce point. — Conclusion sur ce point.	

§ 2. — <i>Le juge et l'« expérimentation » de la règle</i>	219
La règle soumise à l'expérimentation. — Procédés utilisés à cet égard : rôle des Commissaires du Gouvernement. — Procédés utilisés (suite) : rôle des articles écrits par les juges. — Procédés utilisés (suite) : rôle des arrêts eux-mêmes. — Conclusion sur ce point.	

§ 3. — <i>Le juge et l'incorporation de la règle dans le droit positif</i>	223
Comment le juge procède pour incorporer la règle nouvelle au droit positif. — La méthode des « décisions ponctuelles concordantes ». — Exemples sur ce point. — Conclusion sur ce point.	

SECTION II. — <i>Les méthodes du juge dans la formulation d'une règle jurisprudentielle</i>	226
Objet de la Section. — Recherche d'une définition de l'arrêt de principe. — Diversité des arrêts de principe. — Plan de la Section.	
§ 1 ^{er} . — <i>L'arrêt de principe révélé par ses caractères intrinsèques</i>	228
Présentation de la question. — La motivation d'une décision de principe : affirmation expresse de la règle. — La motivation de l'arrêt (suite) : affirmation implicite de la règle. — La motivation de l'arrêt (suite) : autres procédés utilisés par le juge. — Les visas de l'arrêt de principe. — Le sens de la décision de principe. — Le rôle du silence dans la décision de principe. — Conclusion sur ce point.	
§ 2. — <i>L'arrêt de principe révélé par les circonstances qui l'entourent</i>	234
Objet du paragraphe. — La procédure : le rôle des conclusions des Commissaires du Gouvernement. — Exemples sur ce point. — La procédure : le choix de la formation du jugement. — L'examen des éléments de fait du litige. — L'examen des éléments de fait du litige (suite) : l'arrêt de principe, affaire minime.	

CHAPITRE II

LES METHODES DU JUGE ET LA VIE DES REGLES JURISPRUDENTIELLES (Essai d'une typologie des jurisprudences)	243
Le contrôle du juge sur l'évolution des règles jurisprudentielles. — Méthodes utilisées à cet égard et annonce du plan.	
SECTION I. — <i>La diversité des règles jurisprudentielles</i>	244
Les règles jurisprudentielles ne constituent pas une catégorie homogène. — Plan de la Section.	
§ 1 ^{er} . — <i>Règle unique et « stratégie jurisprudentielle »</i> ..	245
Qu'est-ce qu'une stratégie jurisprudentielle ? — Exemples sur ce point : simultanéité de règles concordantes. — Complémentarité de règles successives.	
§ 2. — <i>L'autorité des règles jurisprudentielles</i>	248
Objet du présent paragraphe. — Les trois catégories de règles qu'il faut distinguer à cet égard. — Les jurisprudences simples pratiques. — Les règles jurisprudentielles	

quasi législatives. — Les principes généraux du droit. — Conclusion de la Section.

SECTION II. — *La « mutabilité » des règles jurisprudentielles* 254
Objet de la Section. — Plan de la Section.

§ 1^{er}. — *L'inertie naturelle des règles jurisprudentielles* 254

Les motifs de l'inertie des règles jurisprudentielles. — Manifestations de l'inertie des règles jurisprudentielles. — Remède à l'inertie de la règle : la permanence des arrêts d'espèce. — Exemples sur ce point. — L'inertie des règles jurisprudentielles : le « réemploi » des jurisprudences. — Conclusion sur ce point.

§ 2. — *Les méthodes utilisées par le juge pour assurer la mutabilité de la règle* 258

Objet du paragraphe.

A. — L'ADOPTION DE RÈGLES JURISPRUDENTIELLES SOUPLES 259

Les jurisprudences « fixatives » ou « souples ». — Exemples de jurisprudences souples. — Exemples de jurisprudences fixatives. — L'imprécision volontaire des règles jurisprudentielles.

B. — L'ADOPTION DE RÈGLES JURISPRUDENTIELLES « OUVERTES » 264

Les jurisprudences « fermées » ou « ouvertes ». — Combinaison de cette méthode avec celle des jurisprudences souples. — Exemples de jurisprudences « ouvertes ». — Conclusion sur ce point.

Conclusion générale 267

Bibliographie 269

Table des décisions 284

Table des conclusions et des notes 298

Index des noms propres cités 305

Index général des mots-clés

Table analytique

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET
DE JURISPRUDENCE
PARIS - 1506

DÉPÔT LÉGAL :
2° TRIMESTRE 1972

IMPRIMERIE
TARDY-QUERCY-AUVERGNE
113, RUE A.-BRETON
46-CAHORS

